



لقانون .. نظرية الحق .. نظرية الالتزام

نظرية القانون .. نظرية الحق .. نظرية

تأليف

د عبد الرزاق الفحل

رئيس قسم الانظمة

ا.د محمد عمران　　ا.د انور الهواري　　ا.د احمد عشوش

د محمد عبد الحميد　　د محمود المظفر

اعضاء هيئة التدريس بقسم الانظمة

كلية الاقتصاد والادارة جامعة الملك عبد العزيز

المدخل
لدراسة الانظمة

الطبعة الثانية

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

تأليف

د. عبد الرزاق الفحل

رئيس قسم الانظمة

ا.د. محمد عمران　　**ا.د. انور الهواري**　　**ا.د. احمد عشوش**

د. محمد عبد الحميد　　**د. محمود المظفر**

اعضاء هيئة التدريس بقسم الانظمة

كلية الاقتصاد والادارة جامعة الملك عبد العزيز

نفحات من القران الكريم

قال الله تعالى في محكم كتابه :

بسم الله الرحمن الرحيم

" اقرَأ باسمِ ربكَ الّذي خلَقَ ، خلَقَ الإنسانَ من علَقٍ ، اقــرأ وربُّكَ الأكرمُ الّذي علَّمَ بالقلَمِ علَّمَ الإنسانَ ما لَم يعلَم "

(العلق)

" وَانزلَ اللّهُ عليكَ الكتابَ والحكمةَ وعلّمكَ مالَم تكُن تعلَمُ وكانَ فَضلُ اللّهِ عَليكَ عظيماً "

(١١٣ النساء)

" قَالُوا سبُــــحانَكَ لاعِلمَ لنَا إلاَّ ماعَلَّمتَنا إنَّكَ أنتَ العَليمُ الحكيمُ "

(٣٢ البقرة)

" إنَّ الّذينَ أُوتُوا الكتابَ ليَعلمُونَ أنَّهُ الحَقُّ مِن ربِّهِمْ "

(١٤٤ البقرة)

" يرفَعِ اللّهُ الّذينَ آمنُوا منكُم والّذينَ أُوتُوا العلمَ درَجاتٍ "

(١١المجادلة)

صدق الله العظيم

اهـــــــــــداء

الى

خادم الحرمين الشريفين
المليك المفدى
فهد بن عبد العزيز آل سعود
(حفظه الله)

تقديرا ... واكبارا .... واعترافا بالفضل ، لدوركم البارز والمتميز في دفع مسيرة العلم لكل من هو راغب في اللحاق بركبها .

تحقيقا للمزيد من التقدم ، وتحليقا في آفاق العلم الرحبة ، وحرصا على كشف كنوزه ، وادراكاً للغاية من التسلح به وولوج اركانه

بلوغا لرفاهيه شعب المملكة العظيم ، ووصولاً لصدارة المتقدمين ، وانفاذاً لاحكام شريعتنا الغراء .

وقل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون

صدق اللة العظيم

المؤلفون

استهلال

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانه، هو الله الذي لاإله الا هو ، الحق العظيم ، الخبير الحكيم ، القادر الكريم ، البصير العليم ، الحكم العدل ، النور الهادي ، الفتاح الوهاب ، الغفور التواب ، الغني النافع ، الجامع المانع .

سبحانك القائل « ...وان الذين اوتوا الكتاب ليعلمون انه الحق من ربهم» والصلاه والسلام عل اشرف الانبياء واحكم المرسلين ، نبي الحق والهداية ، القائل «من سلك طريقا يبتغي فيه علما ، سهل الله له طريقا الى الجنة»

وسلام من الله على امة المسلمين ...ورحمة منه وبركة .

وبعد

فيسعدني ان اقدم للقارئ الكريم - بين دفتي هذا المؤلف - المضمون العلمي لمادة المدخل لدراسة الانظمة ، وهي احدى العمد الاساسية للمتطلبات الدراسية في كلية الاقتصاد والادارة - جامعه الملك عبد العزيز - عامة ، وفي قسم الانظمة على وجه الخصوص .

اقدمها في ثوبها الجديد الفضفاض ، الذي شارك في اعدادة نخبة متميزة كريمة وعالمة ، من اعضاء هيئة التدريس بالقسم .

اقدمها في ثوبها الجديد الفضفاض ، الذي نسج سداة مبادئ الانظمة في المملكة وكان لحامه جواهر شريعتنا الاسلامية الغراء .

وحسبي - وزملائي - اننا لاننسب لانفسنا ابداعا او ابتكارا في عرض وتناول هذه المادة ، فقد سبقنا اليها اساتذة اجلاء كان لهم فضل السبق في تأصيل جذورها ، وارساء قواعدها ، وتشييد بنائها المرتكز على اعمدة من القوانين الوضعيه ، وهم اساتذة ذاع صيتهم ، وانتشرت مؤلفاتهم هنا وهناك.

ومع ذلك ، اذا كانت هذه المؤلفات ، هي حصاد اطلاع وخبرة وعلم وتدريس في القوانين الوضعية ، بيد انها - وفي عموميتها - جاءت غافله عن تناول احكام شريعتنا الاسلامية الغراء في هذة المادة ، رغم كنوز العلم الغنيه التي تزخر بها هذة الشريعه في تلك المادة او غيرها . وان كانت هناك ثمة اشارات للشريعة الاسلامية في هذة المؤلفات فهي اشارات قاصرة ، لاتشفي ولاتثمن من جوع ، ولا تفي بالغرض المطلوب ، ولا تكشف عن الاحكام المتكاملة لنظريتي الحق والعقد وغيرهما ، التي حملتها ام الشرائع. ولعل عذر هؤلاء الكتاب في منهجهم ومعالجتهم تلك ، ان مؤلفاتهم جاءت شارحة لقوانين وضعية نافذة في الدول التي خرجت مؤلفاتهم فيها ، رغم الاتجاه العارم الذي يسود الدول العربيه والذي يدعو الى تطبيق احكام الشريعه الاسلامية .

واذ عهد لي النهوض بمسئولية رئاسة قسم الانظمة بكلية الاقتصاد والادارة ، جامعه الملك عبد العزيز . واذ ادرك اننا مازلنا في الطور الذي يعتبر الكتاب الجامعي المقرر ، سياج الاستاذ وعدة الطالب ومرجعة في

العلم والتعلم ، واذ يوقر في النفس ان المملكة العربيه السعودية ، قبلة المسلمين وعاصمتهم ومنارة اشعاع احكام شريعتهم ، لايوجد بها انظمة للمعاملات المدنية (قانون مدني) كما يسميها اصحاب القوانين الوضعيه، انما هي تعني بالراجح من المذهب الحنبلي ، باعتبارة المذهب المعمول به والنافذ امام المحاكم الشرعيه ، الى جانب بعض الانظمة ، التي جاءت في اطر شريعتنا الاسلامية ومتفقه مع احكامها ، ومعالجة لبعض مشاكل الحياة وتعقيداتها المعاصرة ، وهي انظمة اصدرها ولاه امورنا تحقيقا لمصالح العباد المرسله ، وانفاذا لاوامر العليم البصير .

لهذة الامور جلها ، كان لزاما ان يخرج عن اعضاء هيئة التدريس بقسم الانظمة ، مؤلفا في المدخل لدراسة الانظمة ، يتخذ له ثوبا جديدا اسلفنا ان سداة مبادئ الانظمة ولحامة جواهر شريعتنا الغراء .

ان هذا المؤلف هو واحد من باكورة المؤلفات التي تعني بالشريعه الاسلامية والانظمة في آن ، انة نوع من المؤلفات التي تفتقر اليها المكتبة العربية ، ونأمل مع صدوره ان يسد فراغا طالما استشعرناة ، كما ندعو - مع صدورة -انفسنا واياكم ، نناشد اهل الفقه والفكر ، ندعو الشباب والشيوخ ، المسلمين عامة والسعوديين والمقيمين - على وجة الخصوص - ان يثروا المكتبه الاسلاميه بمؤلفاتهم القيمه ، التي تتناول شرح المواد التي يعنون بتدريسها ، وفق احكام شريعتنا الاسلاميه الغراء ، وهي الشريعه ذات الكنوز الوفيره ، والزاد الوافر ، والفيض المتدفق الغامر ، فضلا عن

كونها الشريعه النافذه والمعمول بها في المملكة . واني لعلى يقين انهم اهل لذلك واجدر به . فاذا كانوا قد طالعونا بكتب تشرح بعض القوانين الوضعيه، فان من الخير العظيم والنفع المستديم ، ان يطالعونا بمؤلفات تتناول بالشرح والتأصيل احكام الشريعه في هذه الموضوعات ولا بأس ان جاءت الدراسة مقارنة " قال يا قوم ارأيتم ان كنت على بينه من ربي ورزقني منه رزقا حسنا ... ان اريد الا الاصلاح ما استطعت وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب ».

انني - ومؤلفو هذا الكتاب، ندرك ان نعم الله علينا عظيمه ، فقد منحنا شرف لا يدانيه شرف ، وهو ان تحفل مسيرتنا العلمية ، بالمشاركة في اخراج كتاب زاده الشريعه الغراء ، انه حلم مبهج وامل وضاء يستحق الشكر لرب العرش النافع الهادي الوهاب العظيم ، ثم شكر الى المملكة العربيه السعوديه التي تعتنق الاسلام دينا وعقيدة ، وتنفذ احكام معاملاته ، فمن كان الاسلام دينه وعقيدته ، كان حق الاسلام وعدله هو الحق والعدل الذي لا بديل عنه ولا محيص . ثم شكر لكلية الاقتصاد والاداره ، ولقسم الانظمة الذي نشرف بالعمل في محرابه و الذي اتاح لنا هذه الفرصه، واليكم انتم ابناؤنا الطلاب نسأل الله ان يوفقكم فى الاستفادة من هذا العلم النافع .

لقد شاركني في هذا المؤلف ، خمسة زملاء اعزاء اخرون ، ولكم تمنيت -بصدق - ان تتسع المشاركه لاكثر من ذلك ، لتشمل اعضاء هيئة التدريس جميعا ، ولكن صفحات الكتاب وموضوعاته ، تضيق عن فكرهم الواسع

والغزير ، ومع ذلك، فانها المره الاولى - على حد علمي - ان يشارك سته اعضاء هيئة تدريس في مؤلف واحد ، ولا ريب انها تجربة خصبة مثمره ، وحقلا لتنافس علمي شريف ، ومجال لفائدة علميه جمه ، واثراء لمؤلف علمي واحد ، وآمل في مؤلفات القسم القادمه ان تكون هناك مساهمات ومشاركات مماثله .

لقد شاركني في هذا المؤلف، الزميل الاستاذ **الدكتور محمد علي عمران** ، استاذ ورئيس قسم القانون المدني السابق ووكيل كلية حقوق عين شمس الاسبق ، والزميل **الاستاذ الدكتور / انور اسماعيل الهواري** عميد كلية حقوق الزقازيق السابق ، والزميل **الاستاذ الدكتور / احمد عبد الحميد عشوش** رئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعه الزقازيق ، والزميل **الدكتور / محمد عبد الحميد القاضي** الاستاذ المساعد (المشارك) بقسم القانون التجاري والبحري بكلية حقوق الزقازيق ، وجميعهم معارون للعمل بجامعتنا التليده ، كما شاركني فيه الزميل **الدكتور / محمود المظفر** ، عضو هيئة التدريس بجامعة المستنصرية ببغداد سابقا والذي يعمل معنا استاذاً مساعداً بذات القسم ، ان هذا الجمع الطيب من اعضاء هيئة التدريس ، يؤكد بيقين ان العلم والفكر ليس له جنسيه ولا يعرف حدودا اقليمية ، فجنسيتة العالم اجمع ،وحدوده خير الانسانيه .

وبعد ،

فنسأل الله الغفور الرحيم ، ان نجد في رحابه صدر القاريء الكريم مكانا للشفاعة لما قد يعتري هذا المؤلف من قصور ، لعله يرجع الى العجله المحسوبه في اخراج مؤلف لابنائنا الطلاب يتناول موضوعات هذه الماده في ظل احكام شريعتنا الغراء . وندعو الله ، ان يتجنب مؤلفنا القادم ما اعترى هذا المؤلف من مثالب وما شابه من قصور ، فان وفقنا واصبنا فمن الله ، وان اخفقنا فمن انفسنا ، ولكن حسبنا اننا نحاول ، وحسبنا انها اولى محاولاتنا .

وفي ذلك ، تحضرني المقوله الشهيره للعماد الاصفهاني « اني رأيت لا يكتب انسانا كتابا في يومه ، الا قال في غده لو غير هذا لكان احسن ولو زيد لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان افضل ، ولو ترك هذا لكان اجمل ، وهذا من اعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر " .

وبعد ، فمن نافلة القول ، ان مؤلفي هذا الكتاب يتحملون وحدهم مسئولياته، وينهضون بتبعاته ، ويستهدفون لنقده ، وصدق من قال " من الف فقد استهدف " .

" قالوا سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك انت العليم الحكيم "

صدق الله العظيم

والله من وراء القصد ، والله الموفق ،،،

عبد الرزاق علي الفحل

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد اشرف الخلق اجمعين وعلى آله وصحبه وسلم ... وبعد ،،

فانه لمن دواعي الفخر والاعتزاز ان نتقدم بهذا العمل للقاريء وللطالب في المملكة العربيه السعوديه . والكتاب كما يبين من محتواه قد خصص لدراسة « المدخل لدراسة الانظمة » أو ما يسمى احيانا بالمدخل للعلوم القانونية ، ولقد تناولنا فيه بالدراسه والتحليل اللازمين وبالقدر الضروري موضوعات شتى يجمعها انها لازمه للالمام بالدراسات القانونيه ، ولقد قسمنا هذا المؤلف الى ثلاثه اقسام عالجنا في الاول منها نظرية القانون ، وخصصنا الثاني لدراسة ما اصطلح على تسميته بنظرية الحق ، واما عن القسم الثالث والاخير فقد عالجنا فيه مصادر الالتزام والقينا فيه الضوء بصفه خاصه على نظرية العقد باعتبار ان العقد يعتبر مصدرا رئيسيا من المصادر الارادية للالتزام .

ولقد ولد الانسان اجتماعيا بطبعه ، ولا يمكن للانسان ان يعيش منعزلا عن غيره ، والانسان المنعزل لا وجود له الا في عالم الاساطير وعندما يتعايش الانسان في جماعه - وهذا امر ضروري - تتضارب وبالضروره مصالحة ومصالح الاخرين ولابد من نظام يحكم عندئذ علاقاته بالاخرين ، فالقانون او النظام اذن هو ضروره من ضرورات المجتمع ولا يمكن ان يتعايش

افراد الجماعه في سلام الا اذا وجد قانون يحكم القواعد الاجتماعية والتي تنظم سلوك الافراد الخارجي داخل الجماعه والتي تضمن الدوله وجوب التزام الافراد فاحكامه وقواعده وتوقيع الجزاء المناسب على من يخالف القاعده القانونيه بواسطة اجهزتها المختصه . ولقد بدأنا اولا بتعريف القاعده القانونيه وبيان خصائصها وميزنا بينها وبين غيرها من المصادر التي يمكن لنا ان نستقي منها القاعده القانونيه وتعتبر الشريعه الاسلاميه هي الاطار العام الذي تدور في فلكه كافة القواعد القانونية فى المملكة العربية السعودية فجميع المنازعات التي تثار في المملكة تخضع لاحكام الشريعه الاسلاميه الغراء ، وهي شريعه الله الصالحة للتطبيق في كل مكان ، ومن العلاقات مالم يرد بشأنه نص صريح في الشريعه الاسلامية (القرآن الكريم والسنه النبويه المطهره) ومن ثم يجب الرجوع بشأنها الى المصادر الاخرى من مصادر الشريعه الاسلاميه من اجماع وقياس واستحسان ومصالح ومرسله .

ومع ذلك فقد اصدرت المملكة العربيه السعوديه مجموعه هائله من الانظمه ويتعين الرجوع اليها فيما نظمته وقد روعي في هذه الانظمه وجوب مطابقتها للمباديء العامه في الفقه الاسلامي ، وحرصنا في القسم الاول من هذا المؤلف على دراسة تطبيق القانون مكانا وزمانا ، وكيف تفسر القاعده القانونيه ايا كان مصدرها .

واما عن القسم الثاني من هذا المؤلف فقد عالجنا فيه (نظرية الحق)

وحتى تكون للحق قيمه فلا بد من قاعده قانونية تحميه ، ومن الحقوق ما يسمى بالحقوق العينية ، وأخرى تسمى بالحقوق الشخصية . وطائفه أخرى هي الحقوق الذهنيه ، ولقد بين المنظم في المملكة العربيه السعوديه احكامها وعرضنا بعد ذلك لدراسة شخص الحق - الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري - وبينا قواعد الاهليه واحكامها مسترشدين دائما باحكام الشريعه الاسلاميه الغراء، وبدايه الشخصيه القانونيه ونهايتها واخيرا كيفيه حماية الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق .

وأما عن القسم الثالث فقد عالجنا فيها الالتزام واهميته ومصادر الالتزام وبصفه خاصه نظريه العقد ، فعرفنا بالعقد وبينا تقسيمات العقد وكيفيه انعقاد العقد واركانه ، الاراده والمحل والسبب . وفي ركني الاراده عرضنا لكيفية انعقاد العقد من ايجاب وقبول والتطابق بينهما وزمان ومكان انعقاد العقد وبعض صور التراضي في العقود كالتعاقد بطريق النيابه والوعد بالتعاقد ثم درسنا المحل والسبب والجزاء الذي يترتب على مخالفة ركن من اركان العقد واخيرا درسنا وعالجنا آثار العقد من حيث الموضوع وآثاره من حيث الاشخاص .

ولعلنا نكون بذلك قد اعطينا للقاريء الكريم فكرة وبقدر غير مخل من الايجاز عن الدراسات القانونية وهى لازمة لدارسي الانظمه وضروريه ايضا لكافة المشتغلين بالدراسات الانسانية كالفلسفه و الاقتصاد والاداره والعلوم السياسيه .

ولا ندعى مطلقا لانفسنا الكمال فالكمال صفه من صفات الله وحده ، راجين من الله سبحانه وتعالى التوفيق في خدمة العلم والراغبين فيه تحت رعاية خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود حفظه الله ورعاه والله هو الموفق وهو الهادي سواء السبيل .

القسم الأول
نظرية القانون

دكتور

عبد الرزاق علي الفحل

رئيس قسم الانظمة

كلية الاقتصاد والادارة

جامعة الملك عبد العزيز

دكتور

انور اسماعيل الهواري

عميد كلية حقوق الزقازيق السابق

والاستاذ بقسم الانظمة كلية الاقتصاد والادارة

جامعة الملك عبد العزيز

تمهيد

- الإنسان اجتماعي بطبعه، ويميل الإنسان بغريزته إلى أن يعيش مع غيره من الناس في جماعة، ولا يستطيع أن يعيش منعزلا عن سائر البشر، ولابد له أن يحيا مع آخرين يتبادل وإياهم المنافع والحاجات.

- ولكل فرد وسائل للعيش، وحاجات لابد من إشباعها وتوافرها كضرورة من ضرورات الحياة، ولابد ما دام الإنسان يعيش في جماعة أن تتعارض هذه الرغبات والحاجات، فكان يتعين وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد ويستهدون بها في معاملاتهم وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل هذه الجماعة، ويستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد وأن يقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل.

- وان هذه القواعد هي القواعد القانونية التي تحمي النشاط الفردي بما يتلاءم مع مصلحة الجماعةوهي إذ تفعل ذلك تبين حقوق الأفراد قبل الغير وحقوقهم قبل الجماعة نفسها فمهمةالقاعدة القانونية بيان ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات.

- فالقاعدة القانونية هي مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتقوم السلطة العامة في العصر الحديث بتوقيع الجزاء على من يخالفها.

- وفي المملكة العربية السعودية صدرت الأنظمة مطابقة لأحكام الشريعة

الإسلامية الغراء، تلك الشريعة التي عنيت منذ فجر الإسلام بإقامة مجتمع فاضل يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر. وقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق العدل وحماية المصالح ونهت عن أكل أموال الناس بالباطل بما يكفل للأفراد حقوقهم.

- ولبيان استعمال لفظ قانون او نظام كمبدأ نخلص الي انه لامشاحة من استخدام لفظة «نظام» أو لفظة «قانون»، شريطة الاخذ بما جاءت به قواعد الشريعه الاسلاميه السمحاء من مصادر نصيه ثم اجتهادية، وكذلك ما جاءت به الانظمة المرعية، شريطة عدم مخالفة او مغايرة روح التشريع الاسلامي الحنيف.

وندرس في هذا القسم الأبواب الآتية :

١- التعريف بالقانون وخصائص القاعدة القانونية

٢- أقسام القانون.

٣- مصادر القانون.

٤- تطبيق القانون.

٥- إلغاء القانون وتفسيره.

الباب الأول
في
التعريف بالقانون وخصائص القاعدة القانونية

يهدف هذا الباب إلى إيضاح فكرة القانون وبيان خصائصه، وهذا يقتضي بعد التعريف أن نعرض للخصائص المميزة للقاعدة القانونية وسنقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: التعريف بالقانون.

الفصل الثاني: خصائص القاعدة القانونية.

الفصل الأول
التعريف بالقانون

نشأ القانون معاصرا لقيام الجماعة البشريةوالتي هي بدورها لازمة لحياة الإنسان، فهو ضرورة من ضروريات الحياة الإنسانية، ولابد من قيامه في كل مجتمع. فالقانون لازم لقيام الجماعة، وهو ضروري لارتقائها وتقدمها، وبغيره لا تستقيم الحياة في المجتمع ولا يكتب له البقاء ولا التقدم.

- ومنذ قيام الجماعات الأولى شعر الأفراد بالحاجة إلى تقرير قواعد عامة تحكم روابطهم، ولذلك برزت فيما بينهم قواعد ومبادئ استقرت في الأذهان بالنسبة للكافة أنها ملزمة ولا يجوز الخروج عليها وعلى هذا النحو ظهر القانون في مبدأ الأمر في صورة أعراف يرعاه ويسهر على تنفيذه رب الأسرة أو شيخ القبيلة أو العشيرة ثم نظمت الجماعة سلطة أو هيئة سياسيةتتولى إقرار النظام وتشرع للمجتمع وتسهر على تنفيذ القانون.

- ويلاحظ أن تنظيم الروابط الاجتماعية لا يتكفل به القانون وحده بل أن هناك إلى جانب قواعد القانون قواعد اجتماعية أخرى تعني هي كذلك بحياة الإنسان في الجماعة، هذه القواعد مصدرها أحكام الدين الإسلامي في الدول الإسلامية ومبادئ الأخلاق التي تعمل بدورها على إقامة الحياة الاجتماعية على أسس عامة يلتزمها الجميع شأنها في ذلك شأن القانون وإن كانت يتميز عنها من حيث الغاية أو الهدف وكذلك من حيث الجزاء أو الأثر المترتب على مخالفتها كما سنراها تفصيلا فيما بعد.

- القانون ينشد غاية معينة هي العمل على بقاء المجتمع وارتقائه وهو

يحقق ذلك عن طريق التوفيق بين المصالح المتضاربة، وذلك بإيجاد نظام يوفق بين مصالح الأفراد الخاصة ويحقق العدل والمساواة بينهم، ويحفظ في الوقت ذاته كيان المجتمع ويعمل على إقرار النظام الاجتماعي على نحو يكفل الصالح العام، فوظيفة القانون إقامة التوازن بين المصالح المختلفة داخل الجماعة كما أنه يحقق العدل والمساواة بين الأفراد ويهدف إلى بقاء المجتمع وتقدمه، ولا يتحقق ذلك إلا بمراعاة أمرين:

١ـ تحقيق الحاجات الفردية عن طريق صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة.

٢ـ حفظ كيان المجتمع وكفالة المصلحة العامة عن طريق مراعاة الصالح العام.

ويلاحظ أن إقامة هذا التوازن يختلف من زمن إلى آخر ومن بلد إلى آخر لأن أساسها النظر إلى الاتجاهات والنزعات التي تسود الجماعة.

ـ والقانون أو النظام لغة معناه القاعدة المستمرة أي القاعدة المطردة وفقا لنظام ثابت معين فيقال مثلا قانون الجاذبية الأرضية وقانون الطفو على الماء وقانون العرض والطلب.

ـ ويمكننا مما سبق تعريف القانون أو النظام في الدراسات القانونية على أنه مجموع القواعد العامة التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع وتلزم السلطةالعامة الأفراد على احترامها بالقوة عند الاقتضاء وذلك عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها.

ـ وقد يكون للقانون معنى أضيق من المعنى السابق فيقصد به القواعد التي تنظم السلوك الإنساني في بلد معين وفي زمن معين وفي هذا المعنى يقال القانون المصري أو النظام السعودي وهذا هو المقصود باصطلاح القانون

الوضعي.

- والمعنى المقصود بلفظ القانون في هذه الدراسة هو القانون بمعناه العام أي مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع والتي يكفل احترامها بجزاء يوقع على من يخالفها عند الاقتضاء.

- والقانون بهذا المعنى يطلق على كل القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع سواء كان مصدرها الشريعة الإسلامية أو السلطة التشريعية والقانون يجب أن يقوم على أساس العدل وكفالة حقوق الأفراد ومصالحهم الخاصة ومراعاة المصلحة العامة والتوفيق بينهم بما يحقق خير المجتمع كله.

الفصل الثاني
خصائص القاعدة القانونية

- من التعريف السابق يتبين أن القاعدة القانونية تتميز بالخصائص أو الأركان الآتية:

أولا: إن القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة.

ثانيا: إنها تنظم السلوك الخارجي.

ثالثا: إنها تقترن بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء.

أولا: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

- قلنا فيما سبق أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، والتي تكفل السلطة العامة احترامها، وتوقع الجزاء على المخالف عند الاقتضاء.

- ومن هذا التعريف يتبين أن القاعدة القانونية تتضمن تنظيما يقصد به إرساء الروابط الاجتماعية على أساس من المساواة والعدل بين الأفراد، ومن ثم وجب أن تتوفر للقاعدة القانونية صفة العمومية والتجريد، فلا ينظر إلى شخص أو أشخاص معينين بالأسم ولا إلى واقعة أو وقائع محددة بالذات بل هي تنصرف إلى كل شخص توافرت لديه الشروط المقررة لتطبيقها كما تسري على كل الوقائع التي تنطوي تحتها وبذلك تتحقق للروابط

الاجتماعية الانتظام والاضطراد والاستقرار وهو ما ينشده القانون.

ـ فالقاعدة القانونية لا توجه إلى شخص معين بالاسم، كما أنها لا تتعلق بواقعة محددة بالذات بل تتضمن الشروط والأوصاف الواجب توافرها في الأشخاص الذين تنطبق عليهم والوقائع التي تسري عليها متى توافرت هذه الشروط والأوصاف بغض النظر عن ذات الشخص أو الواقعة التي تسري عليها.

ـ وعلى ذلك تعتبر الأحكام التي تحدد الشروط التي يجب توافرها فيمن يعين أو ينتخب مديرا للجامعة أو عضو بمجلس الشعب أو أستاذا بالجامعة قواعد قانونية، لأنها لا يقصد بها شخصا معينا بذاته، كذلك القواعد التي يتضمنها قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن إجراءات التقاضي، فإنها ينطبق على كل الدعاوي أيا كان شخص رافعها أو الواقعة التي تستند إليها فكل هذه القواعد تتسم بصفة العمومية والتجريد، ويجري حكمها طالما توافرت شروطها، وتبقى قائمة لتسري على كل الحالات المماثلة، وتظل نافذة حتى تلغيها قاعدة قانونية أخرى، كذلك القاعدة التي تقضي بأن سن الرشد في المملكة العربية السعودية هي ثماني عشرة سنة هجرية فهذه قاعدة قانونية عامة بالنسبة للأشخاص المخاطبين بحكمها وينصرف حكمها على من يبلغ هذه السن وهي موجهة إلى الكافة وإن كانت تنطبق على طائفة من الأشخاص ولكنهم محددين بصفاتهم وليس بذواتهم.

ـ وفي هذا تختلف القاعدة القانونية عن الأمر أو القرار الفردي الذي يوجه إلى شخص معين بالأسم أو يقصد به واقعة أو وقائع محددة بالذات، فمثل هذا القرار الفردي ليس له صفة العمومية والتجريد بل هو خاص بشخص معين أو واقعة محددة وهو ينتهي ويزول أثره بمجرد أعمال أثره بشأن ذلك

الشخص أو تلك الواقعة مثلا ذلك القرار أو الأمر الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة مدير أو أستاذ بالجامعة أو مستشارا بديوان المظالم فإن هذا الأمر لا يتضمن قاعدة قانونية لأنه خاص بهذا الشخص بالذات. كذلك الحكم القضائي في دعوى معينة بإلزام المدين بدفع مبلغ معين لدائنه فهذا قرار فردي لا يتضمن قواعد عامة مجردة ولا يعتبر بالتالي قاعدة قانونية.

- ولا يلزم مما تقدم أن تكون القاعدة القانونية مقصودا بها الكافة أي جميع الأشخاص فهناك الكثير من القواعد لا يمكن تطبيقها إلا على فئة محددة من الأشخاص، وقد تضيق هذه الفئة أو تتسع، وقد تطبق على شخص واحد أو واقعة واحدة طالما أن هذا الشخص أو تلك الواقعة لم تعين بالذات كصدور قواعد خاصة بالترقيات وعند تطبيقها لم يستفد من تطبيقها سوى أشخاص محدودين أو شخص واحد.

- وقد تكون القاعدة القانونية موجهة إلى كل الأشخاص داخل إقليم الدولة كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون التجاري أو القانون الجزائي ولكن من الجائز أن تنصرف أيضا إلى طائفة معينة من الأشخاص أو الوقائع كالقواعد القانونية التي تنظم مهنة المحاماة أو الهندسة أو الطب فلا تطبق إلا على هذه الفئات.

- كذلك قد يقتصر تطبيق القاعدة القانونية على جزء معين من إقليم الدولة كما هو الحال بالنسبة لبعض القواعد القانونية الخاصة بمناطق الحدود ولاشك أن مثل هذه القواعد تعتبر رغم قصر تطبيقها على منطقة محدودة تعتبر قواعد عامة مجردة.

ثانيا: القواعد القانونية تنظم السلوك الخارجي

- عرفنا أن القاعدة القانونية تنظم الروابط الاجتماعية بشكل يحقق الانسجام والتوافق بين مصالح الأفراد المتعارضة، وعلى ذلك فلا شأن للقانون بواجب الفرد نحو الله سبحانه وتعالى، ولا بواجبه نحو نفسه إنما تختص بها قواعد الدين والأخلاق.

- فالقانون ينظم سلوك الأشخاص في المجتمع سواء أكانوا أشخاص طبيعيين وهم الأفراد أو أشخاص معنوية كالشركات والجمعيات وينوب عنهم شخص طبيعي كمدير الشركة أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة.

- ويلاحظ أن القانون لا يهتم بسلوك الأفراد إلا بما يكون له مظهر خارجي وبعبارة أخرى لا يحكم القانون إلا السلوك الخارجي للأفراد، فهو لا شأن له بالنوايا والمشاعر طالما لم يترتب عليها تصرف خارجي، وبذلك يختلف القانون عن قواعد الدين والأخلاق التي تهتم بالنوايا وترتب عليها الجزاء المناسب حتى ولو لم تؤثر في سلوك صاحبها الخارجي.

- ولكن القول بأن القانون يحكم السلوك الخارجي للأفراد، لا يعني استبعاد النية بصفة مطلقة، فالقانون لا يهتم بالعوامل الداخلية في ذاتها ولكنه يهتم بها في حدود صلتها بالسلوك الخارجي ففي القتل مثلا إذا كانت الجريمة عمدية وبنية مسبقة تختلف العقوبة عن القتل الخطأ الذي لا يصاحبه سبق الإصرار أو النية المسبقة. كما أن القانون يفرق في المعاملة عند وضع كثير من أحكامه بين شخص حسن النية وآخر سيء النية كما في حالة

إفلاس التاجر.

- ويلاحظ أنه في الشريعة الإسلامية تقترن الأعمال بالنيات ويعتبر بالنية في تقدير الجزاء والثواب.

- وخلاصة القول، إن القانون لا يعتبر بالنوايا ولا يحكم إلا بالسلوك الخارجي إلا أنه قد يرتب آثار هامة على النوايا إذا اتصلت هذه النوايا بالسلوك الخارجي للأفراد.

ثالثا: القاعدة القانونية ملزمة وتقترن بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء

- الجزاء هو النتيجة أو الأثر المترتب على مخالفة الأفراد للقاعدة القانونية فمادام الغرض من القانون وضع نظام عام يسري كلما توافرت شروطه يجب ليحقق الاستقرار والاضطراد أن تكون القاعدة القانونية ملزمة بمعنى أنه لا يترك للأفراد الحرية في اتباعها أو مخالفتها بل هم يلتزمون بقصد حكمها بحيث لو خرجوا عنهاوجب إلزامهم قهرا على احترامها وذلك عن طريق توقيع جزاء. فالجزاء ضروري لإقرار النظام في المجتمع.

- الغرض من الجزاء هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القانون ونواهيه ويؤدي الجزاء عند وقوع السلوك المخالف للقانون.

ـ وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية لا تحترم إلا بالجبر والإكراه فالالتجاء إلى الجزاء من الأمور الاستثنائية في العمل والغالب أن يكون احترام الأفراد للقاعدة القانونية صادرا عن اختيار ورضى وليس خوفا من العقاب.

ـ ويتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه مادي أي أن له مظهرا ماديا خارجيا وليس مجرد جزاء معنوي.

ـ كما يتميز أنه جزاء حال غير مؤجل، يطبق في الحال بمجرد ثبوت وقوع المخالفة.

ـ ومن ناحية ثالثة فإن الجزاء في القاعدة القانونية متروك في المجتمع الحديث للدولة، فهي تمثل الجماعة وتملك من وسائل القهر والإجبار ما تستطيع به إلزام الأفراد على احترام القانون وعلى ذلك لا يجوز لشخص أن يتولى إيقاع الجزاء بنفسه، بل يجب أن يلجأ إلى السلطة القضائية ليطالبها بإجبار غريمه على احترام القانون ويلجأ الفرد إلى الهيئة القضائية عن طريق رفع دعوى ولم يكن الأمر كذلك في المجتمعات البدائية حيث كان الأمر متروك للفرد الذي وقع عليه الاعتداء أن يقتص لنفسه ويرد الاعتداء.

ـ ويلاحظ أن القانون يسمح في العصر الحديث باستثناءات محددة لهذا المبدأ نذكر منها حالة الدفاع الشرعي حيث لا يكون هناك متسع من الوقت حتى تتدخل السلطة لمنع الاعتداء فيسمح القانون استثناء للمجني عليه أن يرد هذا الاعتداء غير المشروع في الحال بإجراء مناسب يدافع به عن شخصه

أو ماله.

أنواع الجزاء

يتخذ الجزاء صور متعددة، فالجزاء يتنوع حسب فروع القانون المختلفة، فإذا خولفت قواعد القانون الجنائي كانت هناك الجزاءات الجنائية وهي العقوبات بأنواعها، وهناك الجزاءات المدنية وهي تلك ينظمها القانون المدني كأثر يترتب على الخروج عن أحكامه وهناك الجزاءات الإدارية وهي التي تترتب على مخالفة القانون الإداري كفصل الموظف أو حرمانه من الترقية.

ا ـ الجزاء الجنائي

الجزاء الجنائي هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة قاعدة من قواعد القانون الجنائي، وهو أشد صور الجزاء، وهو نتيجة يتعرض لها من يرتكب فعلا من الأفعال التي يحرمها القانون الجنائي ويطلق على الجزاء الجنائي العقوبة لأنه يتضمن معنى الزجر والردع والتأديب وهو يشمل الحدود والقصاص والتعزيرات كما يتدرج بين الغرامة والحبس والسجن والأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة والإعدام.

وقد تصحب هذه العقوبات الأصيلة عقوبات أخرى تبعية كمصادرة المال محل الجريمة أو إغلاق المحل أو الإزالة. وتتولى النيابة العامة - المدعي العام - باعتبارها ممثلة للجماعة المطالبة بالجزاء الجنائي، ويكون للفرد في الحالة التي يكون الاعتداء على حقه جريمة أن يتقدم إلى القضاء الجنائي بدعوى مدنية تسمى الادعاء المدين طبقا لنص المادة (٢٥١) من قانون الإجراءات المدنية، فمثلا إذا وقعت جريمة سرقة نشأ عن هذه الجريمة حقان: حق المجتمع في توقيع العقاب وتتولاه السلطة العامة ممثلة في النيابة العامة، وحق المجني عليه في استرداد الأشياء المسروقة أو المطالبة بالتعويض عنها.

٢ـ الجزاء المدني

الجزاء المدني هو الجزاء الذي يترتب في حالة الاعتداء على حق خاص أو إنكاره وتتولى نصوص القانون المدني والقانون التجاري بيان الجزاءات المدنية المختلفة.

ـ وقد يتخذ الجزاء المدني عدة صور منها:

أ ـ الجزاء المباشر

ويقصد به جبر الأفراد على القيام بما لم يقم به اختيارا كالحكم بطرد

المستأجر من العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار أو الحكم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضانته شرعا أو التنفيذ جبرا على أموال المدين بمبلغ من النقود.

ب ـ البطلان

وهو جزاء يمكن إعماله في مواجهة التصرفات التي تأتي على غير ما تقضيه القانون وعلى ذلك يعتبر تصرفات باطلة تصرفات الصبي غير المميز، كذلك يقع باطلا كل عقد إذا كان سببه غير شرعي ـ ويترتب على البطلان اعتبار التصرف كأن لم يكن، فلا ينشئ عنه أي أثر وكل ما تم بناء على هذا التصرف يلغي ويعتبر كأن لم يكن ويسترد كل من الطرفين ما سلم للطرف الآخر إذا كان سلم شيئا.

جـ ـ التعويض

التعويض هو في الغالب مبلغ نقدي يدفع لإصلاح الضرر الذي يحدثه شخص بالغير مخالفا بذلك القانون وقد يكون التعويض هو الجزاء المباشر الأصلي، كالتعويض الذي يلزم به صاحب سيارة عن إصابته للغير في شخصه أو ماله.

وقد يلجأ للتعويض ليحل محل الجزاء الأصلي إذا أصبح مستحيلا أو متعذرا، فإذا كان التنفيذ الجبري غير ممكن كما في حالة إذا كان محل

الالتزام عملا شخصيا كرسم صورة أو إحياء حفلة ورفض كل منهم تنفيذ التزامه فهنا يصبح التعويض عوضا عما لحق الشخص من ضرر أو فاته من كسب.

- وقد يجتمع الجزاء الجنائي والمدني معا على الرغم من اختلافهما وذلك حين يوقع على الشخص العقوبة الجنائية كالإعدام مع إلزامه بدفع تعويض لورثة القتيل.

٣ـ الجزاء الإداري

وهو ما تقوم السلطة الإدارية بتوقيعه على من يخالف قواعد القانون واللوائح من الموظفين والعاملين بالدولة أو بالمؤسسات العامة ذات الشخصية المعنوية ويتمثل في الإنذار والخصم من المرتب وتأخير الترقية والعلاوة والفصل من الخدمة.

صور الجزاء في الشريعة الإسلامية

- الشريعة الإسلامية لا تقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره فحسب بل تعني في المقام الأول تنظيم علاقة الفرد بربه وعلاقته بنفسه أيضا ولذلك

أتت الشريعة بجزاءات معينة يتعين تطبيقها عند الإخلال بأي من تلك القواعد السابقة.

والجزاء في الشريعة الإسلامية دنيويا يوقع فور حدوث المخالفة عن طريق السلطة الحاكمة وأخرويا يوقعه المولى سبحانه وتعالى.

- والعقوبات الأساسية المقررة شرعا هي:

أ ـ الحد

وهو عقوبة قام الشارع بتقديرها ومن ذلك القتل لمن ارتد عن الإسلام والرجم للزاني المحصن وهي حق لله تعالى فلا يجوز التنازل عنها، وأدلة ثبوتها في الكتاب والسنة.

ب ـ القصاص

ويتمثل في توقيع عقوبة مماثلة للفعل غير المشروع ويتميز عن الحد بجواز إسقاطه بالتنازل عنه أو الصلح في شأنه لتعلقه بالحقوق الفردية.

جـ ـ التعزيزات

وهي العقوبات التي يقدرها الحاكم والقاضي حيث لا يوجد حد أو قصاص

ويستطيع ولي الأمر أن يحرم ما يراه مناسبا بوصفها جرائم للتعزيز مع بيان العقوبات بحد أعلى وحد أدنى مع ترك التقدير بين الحدين لظروف كل حالة على حده.

الصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية والأخلاقية

- ليست قواعد القانون هي وحدها التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، بل توجد قواعد اجتماعية أخرى تقوم بدورها في هذا الشأن منها أوامر الدين الإسلامي الحنيف في المجتمعات الإسلامية ومبادئ الأخلاق وقواعد المجاملات، وإذا كان هذا النوع الثاني من القواعد يشبه القواعد القانونية من بعض النواحي فإنه هناك فروقا هامة بينهم نعرض لها فيما يلي:

١ـ القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية

- تتميز القاعدة الشرعية بأنها لا تقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بغيره فحسب وإنما تعني أيضا في المقام الأول بعلاقته بربه وبنفسه ولذلك أتت أحكامها لتشمل كل تلك العلاقات. وأحكام الشريعة الإسلامية تبغي خير الإنسان وسعادته وهي لا تنظم شؤون الحياة الدنيا فحسب بل تعرض كذلك

لكل ما يتصل بالآخرة.

- ويلاحظ أن القاعدة الشرعية مثلها مثل القاعدة القانونية تسعى وراء هدف أساسي وهو تنظيم حياة الأفراد داخل الجماعة. فالقاعدة الشرعية هي القاعدة الاقوي والاثبت والاصلح كقاعدة عامة مجردة وتلزم الأفراد بسلوك معين ولكن هناك اختلاف بين الشرعية والقانونية في أوجه معينة منها:

أ - من حيث المصدر

فالقاعدة الشرعية من عند الله تعالى، فهي منزلة من المولى جل شأنه، قررها الشارع و السنة المطهرة، بينما قواعد القانوني الوضعي تقوم بها السلطة العامة ممثلة في الدولة وفي السلطة التشريعية فهي تقوم بصياغتها وفق الطرق والأوضاع السائدة في كل دولة على حدة.

ب - من حيث التطبيق

القاعدة الشرعية أوسع نطاقا من القاعدة القانونية سواء من حيث المخاطبين بها أو من حيث المكان والزمان، فهي جاءت للكافة دون تحديد لمكان أو زمان محدد بل هي صالحة للكافة ولكل زمان أو مكان عكس القاعدة القانونيةالتي قد تصلح في مكان ولا تصلح لمكان آخر، وفي نفس المكان قد تصلح لوقت معين ولا تصلح لوقت آخر لأنها من صنع البشر وليست من صنع الله تعالى.

جـ ـ من حيث الجزاء

الجزاء في القاعدة الشرعية هو جزاء دنيوي تتكفل به السلطة العامة وجزاء أخروي يقوم المولى سبحانه وتعالى بإنزاله متى شاء، أما جزاء القاعدة القانونية فهو جزاء مادي دنيوي تقوم السلطة العامة بتوقيعه على المخالف للقاعدة القانونية.

٦ـ القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

ـ يقصد بقواعد الأخلاق مجموعة المبادئ التي ترسم المثل الأعلى لما يجب أن يكون الإنسان عليه في سلوكه إذ هي تحض على الخير وتنهي عن الشر ومن ثم كانت هذه القواعد هي المثل الأعلى لخير الإنسان وسعادة المجتمع.

ـ وتهدف تعاليم الإسلام إلى الحث على حسن الخلق والسلوك القويم ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة. «لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا» (سورة الأحزاب اية: ٢١) وقد وصف الله تعالى رسوله بقوله: «وإنك لعلى خلق عظيم» (سورة القلم آية ٤)، وقوله: «فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك، فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر، فإذا عزمت فتوكل علي الله ان الله يحب المتوكلين» (سورة آل عمران آية ١٥٩) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق». والقاعدة الأخلاقية تتفق مع القاعدة القانونية في أنها تهدف إلى تنظيم العيش في المجتمع وأنها قواعد عامة، ومقترنة بجزاء يوقع على من يخالفها ولكن رغم أوجه الشبه هذه إلا أن توجد فروق هامة بين القاعدتين:

أ ـ من حيث الغاية

ـ تهدف القاعدة القانونية إلى حفظ النظام وتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع فغايتها نفع المجتمع، أما الأخلاق فغايتها مثالية تهدف إلى الوصول بالإنسان إلى السمو والكمال.

ب ـ من حيث المصدر

ـ مصدر القاعدة الخلقية هو ضمير المجتمع وسلوكهم الذي يتغير بتغير العصور والأوقات أما مصدر القاعدة القانونية فهو اماالشريعة أو التشريع وذلك محدد وواضح.

جـ ـ من حيث الجزاء

ـ تختلف القاعدة القانونية عن قاعدة الأخلاق من حيث الجزاء فالجزاء في القاعدة القانونية مادي محسوس كالسجن أو الغرامة أو التنفيذ الجبري على أموال المدين، أما الجزاء على مخالفة القاعدة الأخلاقية فجزاء معنوي يتمثل في تأنيب الضمير وسخط المجتمع وازدرائه.

د ـ من حيث النطاق

ـ دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون فالأولى تشمل واجب الإنسان نحو نفسه وهذه هي الأخلاق الشخصية وواجبه نحو غيره من أفراد المجتمع وهذه هي الأخلاق الاجتماعية، وتهتم الأخلاق بالمقاصد والنوايا ولا تكتفي بالحكم على الأعمال بالسلوك الخارجي للأفراد ، أما دائرة القانون فلا تشمل سوى علاقة الفرد بغيره في المجتمع، ولا تهتم إلا بالسلوك الخارجي للفرد أما ما يكمن بالنفس ويستقر في ضمير الفرد فلا شأن يحاسب عليه القانون .

العلاقة بين القواعد الشرعية والأخلاقية والقانونية

ـ مما سبق يتضح أن لكل من القواعد الشرعية والأخلاقية والقانونية دائرة مستقلة بها إلا أنها متداخلة في بعضها بصورة أو بأخرى ويتحقق هذا التداخل حيث تشترك تلك القواعد على اختلافها ، في حكم مسألة معينة استحسانا أو استنكارا ، ويختلف حجم هذا التداخل حسب ظروف كل مجتمع على حده ، فقد تضيق هذه المساحة المشتركة في المجتمعات المادية حيث لا تهتم إلا بالقواعد القانونية المجردة دون اعتبار لدين أو لأخلاق ، بينما قد تتسع تلك المساحة المشتركة في المجتمعات العقائدية التي تحرص على موائمة معاملاتها مع قواعد دينها وأخلاقها .

ـ ويتحقق الوضع الأمثل أن تطابقت تلك الدوائر مع بعضها البعض دون انفراد أي منها بمجال خاص ، ومن ثم تشترك معا في حكم العلاقات الإنسانية بصفة عامة.

إلا أن التطابق لا يتحقق عادة مع الحرص عليه إلا في نطاق الأمور الأساسية أما بعض المسائل فتستقل استقلالا تاما فأداء المرء لواجباته الدينية في غير حضور الآخرين، أمر تستقل به قواعد الدين استقلالا تاما . وإفشاء السلام وطهارة النفس ومساعدة الغير ليست إلا مبادئ أخلاقية.

وتنظيم الجمارك وإقامة الأجانب وتنظيم المرور ومنح الجنسية وما شابه ذلك فهي من الأمور القانونية التنظيمية التي يستقل بها القانون وتعتبر مستقلة تماما عن المجالين الآخرين الدين والأخلاق، طالما لم تتضمن قواعدها خرقا لقاعدة دينية أو أخلاقية.

الباب الثاني
أقسام القانون وأنواع القاعدة القانونية

- ينشئ بين الفرد وغيره من الأفراد الذين يعيشون معه في المجتمع روابط كثيرة تبعا لتعدد نواحي النشاط الفردي، فهناك الروابط الأسرية أو الروابط العائلية وهي الخلية الأولى للمجتمع وإلى جانب هذه الروابط العائلية توجد الروابط المالية ويقصد بها تبادل المنافع والحاجيات وهناك الروابط السياسية أو العامة وهي التي تتعلق بالتنظيم السياسي للجماعة.

- هذه الروابط المتعددة تختلف في موضوعها وطبيعتها وآثارها اختلافا كبيرا ، ومن ثم كانت القواعد القانونية المنظمة لها تختلف هي الأخرى أيضا من حيث موضوعها وطبيعتها وشكلها وآثارها مما يمكن معه تقسيمها إلى عدة فروع وأقسام بحسب الأساس الذي يبني عليه التقسيم.

- فالقانون ينقسم من حيث موضوع الروابط الاجتماعية التي ينظمها ومن حيث أشخاصها إلى قانون عام وقانون خاص والقانون العام يشمل مجموعة القواعد التي تنظم الروابط والعلاقة التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة. أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة سواء كانت هذه العلاقات بين الأفراد أو بين الدولة والأفراد باعتبارها شخص معنوي وعادى.

ـ كذلك يقسم القانون من حيث القوة الملزمة للقاعدة القانونية إلى قواعد قانونية آمرة أو ناهية وقواعد مقررة أو مكملة والنوع الأول يشمل مجموعة القواعد التي تحمي المصالح الأساسية في الدولة والتي يقوم عليها النظام الأساسي في المجتمع، ولا يجوز للأفراد الاتفاق أو الخروج عليها وإلا كان اتفاقهم باطلا. أما القاعدة المقررة أو المكملة فهي لا تشمل القواعد المتعلقة بالنظام الأساسي للمجتمع فيجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها.

ـ كذلك يقسم القانون إلى قواعد قانونية مكتوبة وتسمى بالقانون المكتوب وقواعد قانونية غير مكتوبة يطلق عليها القانون غير المكتوب. والنوع الأول يشمل مجموعة القواعد القانونية التي ترد في نصوص مكتوبة كالتشريع والنوع الثاني يشمل مجموعة القواعد القانونية التي لا تصدر في نصوص مكتوبة كقواعد العرف والقانون الطبيعي والعدالة وترجع أهميةهذا التقسيم فيما يتعلق بتفسير القاعدة القانونية، فالتفسير لا يمكن أن يرد إلا على القواعد القانونية المكتوبة نظرا لما يشوب عبارتها المكتوبة أحيانا من غموض أو إبهام.

ـ وتقسم القاعدة القانونية إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية فالقواعد الموضوعية هي التي تضع تنظيما موضوعيا للروابط الاجتماعية فتبين الحقوق الواجبات كقواعد القانون المدني والتجاري والجنائي، أما القواعد الشكلية فهي التي تبين الأوضاع والإجراءات الواجب اتباعها لإلزام الأفراد باحترام القواعد الموضوعية ومثالها قانون المرافعات المدنية والتجارية وقوانين الإجراءات الجنائية.

- كذلك يقسم القانون إلى قانون داخلي وقانون خارجي وذلك تبعا لما إذا كانت الرابطة والعلاقات تقع داخل الجماعة أو خارج الجماعة.

وبذلك نأتي الي البيان والتفصيل التالي

- القانون العام والقانون الخاص
- القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة أو المقررة.

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

- يقسم القانون بحسب موضوع العلاقة التي يحكمها وأشخاص هذه العلاقة إلى قانون عام وقانون خاص.

- فالقانون العام هو - مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة أي باعتبارها شخصا معنويا عاما، فهو يعرض لتنظيم الدولة وعلاقتها بغيرها من الدول وسلطات الدولة ويبين كيفية إدارة المرافق العامة والمحافظة على النظام والأمن داخل الدولة، وهو يتفرع إلى فروع مختلفة هي القانون الدولي العام، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي والقانون الدستوري.

- أما القانون الخاص - فهو يشمل مجموعة القواعد القانونية التي لا تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة، فهو يحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، كما يحكم علاقات الدولة مع الأفراد باعتبارها شخصا معنويا خاصا أي كسائر الأفراد كما لو تعاقدت بالبيع أو الإيجار على مال من أموالها الخاصة فيطبق القانون الخاص، ويتفرع القانون الخاص إلى فروع عدة هي القانون المدني، والتجاري، والمرافعات المدنية، والتجارية، والقانون الدولي الخاص، والقانون البحري والجوي.

- ويلاحظ أن معيار التفرقة بين القانون العام والخاص هو وجود الدولة باعتبارها صاحبة سلطة في العلاقة القانونية، فإذا كانت الدولة بهذه الصفة

طرفا في العلاقة القانونية كانت القاعدة التي تحكمها من قواعد القانون العام، أما إذا لم تكن الدولة طرفا في العلاقة القانونية وكانت العلاقة بين الأفراد أو بين الدولة والأفراد ولكن بوصفها شخصا معنويا خاصا كانت العلاقة القانونية تحكمها قواعد القانون الخاص.

- مما سبق يتضح أن قواعد القانون العام تتميز بوجود الدولة كسلطة عامة طرف في العلاقة أما الطرف الآخر فقد يكون دولة أخرى أو هيئة أو سلطة عامة أو أحد الأفراد وتكون الدولة هنا باعتبارها سلطة آمرة أو حاكمة علي عكس علاقات القانون الخاص فإما أن تكون علاقات بين الأفراد أو بين الدولة والأفراد كشخص من أشخاص القانون الخاص.

- وبذلك يتميز القانون العام بأن موضوعه هو تنظيم الروابط السياسية للجماعة، فالقانون العام ينظم مصالح عامة للجماعة اما القانون الخاص الذي ينظم ويحكم علاقات ومصالح خاصة بالأفراد.

- ويترتب على ذلك نتائج هامة تتمثل على الأخص في الغاية لكل منهم فالقانون العام يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة أما القانون الخاص فيهتم أساسا برعاية المصالح الخاصة للأفراد وعلى ذلك فقواعد القانون العام آمرة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها. أما قواعد القانون الخاص فهي مكملة أو مقررة يجوز اتفاق الأفراد على مخالفتها.

وسندرس:

- فروع القانون العام
- فروع القانون الخاص

المبحث الأول
فروع القانون العام

- تنقسم فروع القانون العام إلى نوعين، يشمل أولهما الروابط بين الدولة وغيرها من الدول الأخرى أو بينها وبين المنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة أو المنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية أو مجلس التعاون الخليجي، وثانيهما الروابط التي تقوم بين الدول وهيئاتها العامة والأفراد ويسمى النوع الأول القانون العام الخارجي وهو القانون الدولي العام والنوع الثاني القانون العام الداخلي ويشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي والقانون المالي .

المطلب الأول
القانون الدولي العام

هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدولة بغيرها من الدول في السلم والحرب وعلاقتها بالمنظمات الدولية والمنظمات الإقليمية.

ـ ويتبين من هذا التعريف أن أطراف العلاقات التي يحكمها هذا القانون هم الدول وليس الأفراد، وأن موضوعه هو تنظيم الروابط التي تقوم بين أعضاء المجتمع الدولي.

ـ ويتميز هذا القانون بأنه ليست هناك سلطة تشريعية عليا كما هو الحال في القانون الداخلي إنما هي مجرد قواعد عرفية درجت عليها الدول المختلفة أو التزمت بها بمحض ارادتها الدولية بناء على معاهدات أو اتفاقيات دولية عقدتها فيما بينهم كذلك لا يوجد محاكم دولية - ذات سلطة قوية امرة - على غرار المحاكم الداخلية بحيث يمكن لكل دولة أن تلجأ إليها لإجبار الدول الأخرى على الالتزام بأحكام القانون الدولي العام.

ـ ويتميز القانون الدولي العام بأنه قانون حديث النشأة، فقد نشئ في أوائل القرن السابع عشر ولا تزال قواعده تتطور حتى الآن وتعتبر مصادره العرف والتقاليد الدولية والمعاهدات الدولية.

موضوعاته :

١ـ تنظيم علاقات الدول في وقت السلم فيبين أنواع الدول، ويبين طرق تمثيل الدولة لدى الدول الأخرى ويشمل قواعد إبرام المعاهدات والآثار المترتبة عليه وطرق فض المنازعات بالطرق السلمية مثل الوساطة والتحكيم والقضاء الدولي.

٢ـ تنظيم علاقات الدول في حالة الحرب فهو يبين حقوق وواجبات الدول

المتحاربة وكيفية إعلان الحرب وكيفية إنهائها والقواعد الخاصة بالأسلحة وكيفية معاملة الجرحى والأسرى وحقوق وواجبات الدول المحايدة.

٣. تنظيم الأحكام الخاصة بالمنظمات الدولية من حيث تأسيسها والعناصر التي تتكون منها والقرارات التي تصدر عنها وتنظيم أجهزتها كمنظمة الأمم المتحدة والجمعية العمومية ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومنظمة الصحة العالمية ومنظمة الأغذية والزراعة.

هل تعتبر قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية؟

- عرفنا فيما سبق أن التنظيم الدولي الحالي للمجتمع الدولي لا يتضمن وجود سلطة تشريعية تتولى وضع القواعد الواجبة الاتباع بين الدول وأن هذه القواعد تقوم أساسا على ما ترضيه الدول صراحة أو ضمنا في الاتفاقيات الدولية أو عن طريق العرف.

- كذلك لا توجد محاكم دولية على غرار المحاكم العادية تلجئ إليها الدول وتلزم الخصوم عن طريق احترام أحكامها وتنفيذ أحكامها جبرا عليهم.

- كما أنه لا توجد سلطة عليا توقع الجزاء على الدول التي تخرق القانون الدولي العام وليس هناك سبيل إلى توقيع الجزاء على مخالفة القواعد الدولية سوى الادانة والانتقاد او إعلان الحرب على الدول المعتدية كما حدث في حرب الخليج في الآونة الأخيرة.

- وقد أدت هذه الأسباب إلى أن كثير من الشراح أنكروا صفة القواعد القانونية على مبادئ القانون الدولي العام فهم يرون أن أحكامه لا تخرج عن

كونها مجرد قواعد أخلاق أو آداب أو سلوك دولي وليس هناك جزاء على مخالفتها ولا سلطة تشريعية تضع قواعدها ولا هيئة قضائية تطبق أحكامها ولا جيش يحمي هذه المبادئ والقواعد.

١ـ ونلاحظ أن هذه الأسباب غير صحيحة فعدم وجود سلطة تشريعية لا ينفي إمكان قيام القاعدة القانونية فهناك القاعدة المكتوبة متمثلة في التشريع وهناك أيضا مصادر أخرى للقاعدة القانونية مصدرها العرف والقانون غير المكتوب ولازال الكثير من قواعد القانون الداخلي مصدره العرف والعادات وأن بعض الشرائع حتى الآن كالقانون الإنجليزي لاتزال تعتمد على العرف باعتباره المصدر الأساسي لقواعد القانون الخاص عند بدء ظهوره والأمر كذلك في الوقت الحاضر بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام فلا يزال في أول مراحل تطوره.

٢ـ كما أن عدم وجود قضاء دولي ليس شرط لازما لقيام القانون لأن القاضي مهمة تطبيق القانون وليس خلقه، فضلا عن ذلك فهناك في الوقت الحاضر محاكم دولية تطبق قواعد القانون الدولي العام كمحكمة العدل الدولية وكذا - محكمة العدل الاسلامية -المزمع قيامها.

٣ـ أما عدم وجود جزاء توقعه سلطة عليا على الدولة التي تخالف قواعد القانون الدولي العام فقد حاول بعض الفقهاء رغم تسليمهم بوجاهة هذه الحجة إلى القول بأنه ليس من اللازم لقيام القاعدة القانونية توافر عنصر

الجزاء بل يكفي أن يتوافر للأفراد الشعور بلزوم القاعدة القانونية وضرورتها لتنظيم الروابط ولعل ما حدث أخيرا في حرب الخليج ووقوف الأمم المتحدة وغالبية الدول المكونة لها صفا واحدا لمقاومة ورد العدوان يوضح أن التطور الحديث سيؤدي إلى أن تصبح لهذه القواعد الدولية القوة الملزمة لاحترام الدول لها.

الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي العام

ـ الإسلام دين عالمي لا تقصر الدعوة إليه على دولة دون أخرى أو على إقليم دون آخر، اوزمن دون اخر. قال تعالى: «ما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا ولكن أكثر الناس لا يعلمون» (سورة سبأ الآية ٢٨).

ـ ويأمر الإسلام بالتعارف والاتصال بين الناس والشعوب فالشريعة الإسلامية تدعو إلى التعاون بين الشعوب واحترام المواثيق والمعاهدات الدولية.

ـ كما أن الشريعة الإسلامية منذ بدء الدعوة اعترفت بحقوق الإنسان فلا فضل لعربي على عجمي ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى.

ـ كما أن الشريعة تدعو إلى نبذ العدوان والدعوة إلى الأمان والسلام ويكفل الإسلام للذميين من رعايا الدول الإسلامية الأمان في الدولة

الإسلامية.

- كما يقرر الإسلام حق اللجوء السياسي لمن يطلبه، حتى يكون في مأمن على نفسه وعرضه وماله ولو كان من المشركين وذلك في قوله تعالى: «وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله، ثم أبلغه مأمنه، ذلك بأنهم قوم لا يعلمون» (سورة التوبة آية ٦).

- كذلك تعتبر قواعد الحرب في الشريعة الاسلامية من المثل العليا ومن أسمي قواعد الأخلاق وتكريم الجنس البشري فلا يقتل فيها النساء والأطفال والشيوخ ويعامل الأسري معاملة كريمة حسنة ويحافظ الجيش على أموال أعدائه المهزومين وأعراضهم.

المطلب الثاني

القانون الدستوري

- القانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتبين الهيئات التي تباشر بها الدولة وظائفها، وأختصاص كل منها وعلاقاتها ببعضها، كما تبين حقوق الأفراد قبل الدولة ويطلق عليه القانون الأساسي.

- فالقانون الدستوري يضع الخطوط الرئيسية التي يقوم عليها التنظيم الاساس بتحديد شكل الدولة وبيان نظام الحكم فيها، كما يعني بالهيئات الأساسية الثلاث في الدولة وهي السلطة التشريعية التي يوكل إليها وضع التشريع والسلطة القضائية التي تقوم بتطبيق القانون والسلطة التنفيذية

التي يعهد إليها بتنفيذ القانون، ويتكفل الدستور ببيان كيفية تكوين هذه السلطات وعلاقاتها مع بعضها البعض.

- ويعتبر نظام مجلس الوزراء السعودي من النظم الاساسية في المملكة والذي يختص بالسلطة التنظيمية حيث نصت المادة ١٩ «لا تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات والإمتيازات إلا بموجب مراسيم ملكية يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء».

- كما تتضمن المادة ٢٠ على أنه «لا يجوز تعديل الأنظمة والمعاهدات الدولية أو الإمتيازات إلا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من ذات النظام» (المرسوم ٣٨ في ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ).

- كما يعتبر نظام القضاء في المملكة من الأنظمة الدستورية الأساسية حيث ينص على إستقلال القضاء وتنظيمه وضماناته وكلها تتعلق بشئون التقاضي (المرسوم ٦٤ في ١٤/٧/١٣٩٥هـ).

- وتختلف الدساتير عن بعضها الآخر من حيث النشأة فمن الدساتير ما يصدر في شكل منحه من الحاكم ومنها ما يأتي في صورة إستفتاء شعبي ومنها ما تضعه جمعية تأسيسة تمثل الأمة.

طبيعته :

- أنكر البعض على القانون الدستوري صفة القانون وحجتهم في ذلك عدم وجود سلطة توقع الجزاء على مخالفة احكامه فلا يتصور أن السلطة العامة في الدولة وهي التي تملك توقيع الجزاء عند مخالفة القانون - لا يتصور أن

توقع هذه السلطة الجزاء على نفسها إذا ما خالفت هي أحكام الدستور.

ـ ولكن هذا الرأي ينكر ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تجعل جزاء مخالفة قواعده يختلف عن جزاء مخالفة القواعد القانونية الأخري. فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات متعددة في الدولة ، ولما كان مخالفة قواعده قد تقع من أحدي هذه السلطات فالجزاء لا يتصور إلا عن طريق الرقابة المتبادلة بين السطات الثلاث فالمجلس التشريعي له حق أسقاط الحكومة ممثلة للسلطة التنفيذية وللمحاكم حق إلغاء التشريعات المخالفة للدستور أو على الأقل الامتناع عن تطبيقها فإن لم تفلح هذه الرقابة إرتد الأمر إلى الشعب وهو مصدر هذه السلطات ويستطيع أن يكفل إحترام هذه القواعد الدستورية.

المطلب الثالث
القانون الإداري

ـ القانون الإداري هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وهي تقوم بوظيفتها الإدارية. وهو شديد الصلة بالقانون الدستوري لأن القانون الدستوري هو الذي ينظم السلطة التنفيذية ويحدد إختصاصها والقانون الإداري هو الذي يبين كيفية آداء هذه السلطة لوظيفتها.

موضوعات القانون الإداري

يشمل القانون الإداري الموضوعات الآتية :

- تنظيم السلطة الادارية
- نشاط السلطة الادارية
- تنظيم الرقابة علي اعمال السلطة الادارية
- فيبين الخدمات العامة التي تؤديها السلطة التنفيذية وعمالها كالتعليم والصحة والمواصلات والمرافق العامة، فالقانون الإداري هو الذي يحدد الهيئات التي تتولي القيام بهذه الخدمات وعلاقتها بالأفراد وعلاقاتها ببعضها.
- علاقة الحكومة المركزية بالإدارات والهيئات الإقليمية والقومية كالمحافظات والإمارات والمجالس البلدية والمحلية وعلاقة الحكومة بهذه الهيئات الإقليمية وتنظم بإحدي طريقتين.

أ. المركزية ومعناها أن ترجع الهيئات الإقليمية إلى الحكومة المركزية في معظم المسائل وهذه هي الطريقة المتبعة في أغلب بلدان العالم الثالث.

ب ـ اللامركزية ومعناها أن تتنازل الحكومة المركزية إلى الهيئات الإقليمية عن كثير من أختصاصها وهذه الطريقة الثانية هي المتبعة في أغلب الدول الأوربية والدول المتقدمة.

- القانون الإداري هو الذي ينظم علاقة الدولة بموظفيها ويبين القواعد التي تتبع في تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم .
- كذلك يحدد القانون الإداري القواعد التي تتبع بالنسبة لأموال الدولة فيحدد كيفية إداراتها سواء كانت أموال عامة مخصصة للمنفعة العامة أو

أموال خاصة مملوكة للدولة تتصرف فيها كما يتصرف الأفراد.

- يبين القانون الإداري القواعد التي تتبع في المنازعات التي تنشأ بين الإدارةوالأفراد ، فقد تخرج الادارة على القانون في مباشرتها لوظيفتها أو تتعدى على حقوق الأفراد ، فكان لا بد من خضوع أعمال الادارة لرقابة القضاء.

ـ وقد اختلفت الدول في إخضاع أعمال الادارة لرقابة القضاء فمن الدول من أخذ برقابة القضاء العادي على أعمال الادارة مثل الدول الانجلوسكسونيه مثل انجلترا والولايات المتحدة ومن الدول من أنشأت القضاء الاداري مثل مصر حيث أنشأت مجلس الدولة ١٩٤٦ والمملكة العربية السعودية حيث أنشأت ديوان المظالم عام ١٣٧٤هـ وهي محاكم إدارية ذات سلطات واسعة تملك إلغاء القرار الإداري ووقف تنفيذه والتعويض عنه في المنازعات بين الإدارية والأفراد.

ـ ويلاحظ أن قواعد القانون الاداري غير موجودة في مجموعة واحدة بل هي موزعه على عدة مجوعات ، كقوانين الموظفين والمعاشات ونزع الملكية للمنفعة العامة ولوائح المرور والسبب في ذلك أنها قواعد دائمة التغير والتبديل فضلاً عن إزدياد نشاط الإدارة في الوقت الحاضر مما يتعذر جمع كل هذه القواعد في مجموعة واحدة.

المطلب الرابع
القانون المالي

القانون المالي هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة وبيان مواردها وأوجه إنفاقها ويوازن بينهم في وثيقة واحدة هي الميزانية العامة لتحقيق أهداف الدولة الاجتماعية والسياسية والإقتصادية.

ـ فالقانون المالي يعني أساسا بترتيب إيرادات الدولة ومصروفات الدولة وهي التي تكون في مجموعها ميزانية الدولة ، ولذلك فهو يختص أساساً بوضع الميزانية العامة وما يتصل بها. وإيرادات الدولة تنتج عن مصادر مختلفة هي الضرائب والرسوم والإيراد الناتج عن أموال الدولة والقروض العامة. كذلك يبين القواعد الخاصة بمصروفات الدولة وتحقيق الموازنة بين الإيرادات والمصروفات وكذلك ينظم الرقابة عليها.

المطلب الخامس
القانون الجنائي

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم المعاقب عليها قانوناً والعقوبة المقررة لكل منها ، والإجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت اجرامه.

وينقسم القانون الجنائي إلى فرعين هما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.

قانون العقوبات :

قانون العقوبات هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات التي توقع على مرتكبيها وينقسم قانون العقوبات إلى قسمين قسم عام وقسم خاص.

أـ القسم العام :

يبين القواعد العامة في المسئولية الجنائية دون التعرض للأحكام الخاصة بكل جريمة. فهو الذي يبين أنواع الجرائم وهو يقسمها إلى مخالفات وجنح وجنايات. كما يبين القسم العام من قانون العقوبات ما يجب في العقوبة من حيث تعددها وسقوطها والإعفاء منها.

ب ـ القسم الخاص :

يبين القواعد الخاصة بكل جريمة، والجرائم متعددة فمنها ما يقع مباشرة على الدولة كالجرائم المخلة بالأمن، والاختلاس وتزييف العملة ومنها ما يقع

على الأفراد وهذا النوع الثاني قد يصيب الإنسان في جسمه كالقتل والضرب، ومنها ما يصيبه في ماله كالسرقة والتبديد ومنها قد يصيبه في شرفه أو عرضه كالسب والقذف.

ـ ويلاحظ أن قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية تهدف إلى تحديد الجرائم وبيان العقوبات التي توقع على مرتكبيها.

قانون الإجراءات الجنائية

ـ وهو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي تتخذ عند وقوع جريمة معينة سواء تعلقت هذه الإجراءات بالتحقيق أو بالمحاكم أو بتنفيذ العقوبة.

ـ وقواعد قانون الإجراءات الجنائية قواعد شكلية تبين الاجراءات التي يجب أن تتبع عند وقوع الجريمة ويدخل في ذلك تعيين السلطة التي تقوم بالتحقيق وكيفية القيام به عند القبض علي المتهم ومتى يحبس إحتياطياً وكيفية إحالة الدعوي إلى المحكمة والسير في إجراءتها، فإذا صدر الحكم بالإدانة فما هي طرق الطعن فيه، وإذا أصبح الحكم نهائياً فما هي طريقة تنفيذه.

المبحث الثاني
فروع القانون الخاص

- ينظم القانون الخاص الروابط والعلاقات التي تقوم بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً كسائر الأفراد.

- وموضوع القانون الخاص هو تنظيم الروابط أو علاقات الاسرة والروابط المالية والذي يعرض أساساً لذلك هو القانون المدني. ومن ثم يعتبر هذا القانون هو أساس القانون الخاص والاصل فيه، كما أنه يعتبر المرجع العام أو الشريعة المشتركة لكل فروع القانون الخاص.

- وهناك إلى جانب القانون المدني فروع أخري استمدت منه وانفصلت عنه وهي تشمل القانون التجاري ويلحق بها القانون البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص وقانون العمل.

المطلب الأول
القانون المدني

- يتضمن القانون المدني بوجه عام مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة بين الأفراد في المجتمع سواء أكانت روابط أسرة أم معاملات مالية، فهو ينظم حياة الأفراد داخل الجماعة من يوم مولده إلى حين وفاته وذلك فيما يتعلق بصلته بأفراد أسرته وفيما يخص كذلك روابطه المالية.

- والقانون المدني هو أهم فروع القانون الخاص، بل هو في الواقع أساس

القانون الخاص لأنه ينظم الروابط الخاصة بجميع الأفراد في المجتمع.

- وقد أنفصلت عن القانون المدني القواعد الشكلية التي تنظم الاجراءات والدعاوي وأصبحت تكون قانون المرافعات المدنية والتجارية، كذلك إنفصلت الروابط التجارية ومن ثم قام القانون التجاري ثم أنفصلت بعد ذلك قواعد القانون الدولي الخاص لتطبق في الروابط الاجتماعية التي يكون فيها عنصر أجنبي.

- ويعتبر القانون المدني رغم انفصال هذه الفروع المختلفة عنه هو أساس القانون الخاص وعماد التنظيم القانوني لروابط الافراد الخاصة ويعتبر الاساس العام أو الاصل لفروع القانون الخاص، ويترتب على ذلك نتائج نظرية وعملية هامة منها أنه حيث لا يتضمن أي فرع من هذه الفروع قاعدة قانونية واجبة التطبيق وجب الرجوع إلى القانون المدني وتطبيق الحكم الوارد به، فمثلاً إذا لم يجد القاضي في القانون التجاري قاعدة تنطبق علي الدعوي التجارية المماثلة أمامه وجب عليه أن يطبق أحكام القانون المدني.

- كذلك يتضمن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكل قواعد القانون الخاص الاحكام العامة التي تنطبق على سائر فروع هذا القانون، وعلى هذا الاساس تضمن القانون المدني القواعد الخاصة بالقانون وتطبيقه على الاشخاص وتقسيم الاشياء والاموال. كما أن أحد فروع القانون الخاص قد ينص صراحة على الاحالة الى القانون المدني في شأن مسألة أو موضوع معين فمثلاً نص القانون التجاري المصري في المادة ١٩ على أنه «تتبع في الشركات الاصول العمومية المبينة في القانون المدني».

مضمون القانون المدني

ينظم القانون المدني نوعين من الروابط :

- روابط الاسرة أو الروابط العائلية.
- الروابط المالية.
- وروابط الاسرة أو الروابط العائلية هي التي تسمي الاحوال الشخصية وهي التي تتصل بالفرد ذاته وتميزه عن غيره والتي تكون في مجموعها ما يسمى بالحالة ويدخل فيها كل ما يتصل بالزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين والنسب والعلاقة بين الأصول والفروع والاقارب بوجه عام.

ويلاحظ أن هذه الحقوق ليست لها الصفة المالية إنما تقررت لصاحبها حتى يتمكن من القيام بواجباته إزاء الاسرة فحقوق الزوج قبل زوجته أو الاب قبل أبنه هدفها حماية الاسرة.

- أما الروابط المالية فهي تشمل كل ما يتصل بالمعاملات المالية بين الافراد وتسمي بالاحوال العينية وهي تشمل القواعد الخاصة بتحديد الاموال وأنواعها وبيان الحقوق التي ترد عليها وهي الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية أو الذهنية وهذه المسائل جميعها ذات صبغة مالية بحته ولا تتصل بشخص الانسان.

- وللتفرقة بين الأحوال الشخصية والاحوال العينية أهمية بالغة من الناحية القانونية تتمثل على الاخص في أن الاولي من النظام العام لاتصالها بالاسرة التي هي أساس المجتمع في حين أن الثانية تعتبر في الاصل غير متعلقة بالنظام العام ولذلك كانت الاحكام الخاصة بها تدخل أساساً ضمن القواعد المقررة أو المكملة أو المفسرة.

المطلب الثاني
القانون التجاري

- القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم الاعمال التجارية وروابط التجار.

- فالقانون التجاري هو الذي يبين متي يعتبر العمل تجارياً، ومن هو التاجر وينظم العقود والشركات التجارية بمختلف أنواعها. والملكية التجارية والصناعية والاوراق التجارية وهي الكمبيالة والشيك والسند الاذني كما ينظم أفلاس التاجر وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالنشاط التجاري سواء ما يقوم به القطاع الخاص أو ما يقوم به القطاع العام.

- وقواعد القانون التجاري لم تظهر إلا منذ عهد قريب، فقد كان التجار والاعمال التجارية تخضع لقواعد القانون المدني ولكن مع تطور الزمن وتحت تأثير العرف التجاري إستقلت قواعد القانون التجاري وأصبحت فرعاً مستقلاً عن القانون المدني والذي دعا إلى ذلك ما تتسم به المعاملات التجارية من السرعة في تداول العروض والبضائع، كذلك تقوم التجارة على الثقة المتبادلة بين التجار مما يتطلبُ توافر أكبر قسط منها حتى تزدهر المعاملات التجارية.

- ومن الامثلة التي إقتضت وضع قواعد خاصة بالقانون التجاري تخالف قواعد القانون المدني إن القانون المدني لا يجيز إثبات التصرف بالبينة والقرائن إذا تجاوزت مبلغ معين ونظراً لأن مثل هذا القيد يعوق المعاملات

ولذلك أجاز القانون التجاري الاثبات بكل طرق الاثبات مهما كانت قيمة النزاع وليس بالكتابة فقط.

- كذلك تقضي قواعد القانون المدني بأن حواله الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها وهذا القيد لا وجود له في القانون التجاري فيجوز الحواله الثابتة في الأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الأذني بمجرد التوقيع على الورقة بما يفيد الحواله.

القانون التجاري في المملكة العربية السعودية

- وقد عرفت المملكة النظم التجارية منذ عام ١٣٤٥هـ حيث صدر نظام المجلس التجاري، ثم صدر نظام المحكمة التجارية في عام ١٣٥٥هـ حيث عرف التاجر وبين شروطه وصفاته. كما وضح القواعد التي تحكم الشركات والوكيل بالعموله والافلاس والتجارة البحرية.

- وفي عام ١٣٨٣هـ صدر نظام الاوراق التجارية متضمناً القواعد الخاصة بالكمبيالات والسند الأذني والشيك. ثم صدر نظام الشركات في عام ١٣٨٥هـ بجانب عدد من النظم التجارية ومنها نظام الغرفة التجارية.

المطلب الثالث
القانون البحري

- ينظم القانون البحري التجارة البحرية، فهو فرع من فروع القانون التجاري وأختص بتنظيم كل ما يتعلق بالسفن البحرية والعمليات المتصلة بها. فهو ينظم الحقوق المترتبة عليها والتصرفات التي تتم بشأنها وعلاقة مالكها بربانها وضباطها وملاحيها، كما يتضمن كذلك القواعد الخاصة بعقود الشحن والنقل البحري والقرض البحري والتأمين البحري.

- والذي دعا إلى قيام قواعد خاصة بالتجارة البحرية هو الحاجة لذلك وكبر قيمة السفينة وكذلك تعرضها لأخطار الملاحة الجسمية، فضلاً عن بعدها أثناء إستغلالها عن رقابة مالكها، وقد أدت هذه الأسباب إلى قيام مجموعة من القواعد منفصلة عن القانون التجاري.

المطلب الرابع
قانون المرافعات المدنية والتجارية

- يبين هذا القانون الاجراءات التي يتبعها الفرد للوصول عن طريق السلطة العامة إلى حماية حقوقه المقررة بالقانون المدني أو التجاري.

- ويتبين من ذلك أن هذا القانون لا يتضمن تنظيماً موضوعياً للروابط القانونية إذ أنه لا يبين حقوق وواجبات الأفراد، أنما تقتصر مهمته على

بيان الأوضاع التي يلزم أتباعها للوصول إلى حماية الحقوق، فهو أذن يتضمن قواعد إجرائية أو قواعد شكلية وضعت لحماية القواعد الموضوعية.

- هذا والقضاء هو السلطة العامة التي يلجأ اليها الأفراد للوصول إلى حماية حقوقهم ولذلك يتضمن قانون المرافعات الاجراءات التي تنظم السلطة القضائية في قيامها بوظيفها، كذلك يحدد اختصاص المحاكم المختلفة وينظم سير الاجراءات أمامها حتى صدور الحكم وتنفيذه.

- وعلى ذلك يمكن القول أن قانون المرافعات المدنية والتجارية يشمل ثلاثة أقسام :

١- قواعد النظام القضائي : وهي التي تبين الجهات القضائية وكيفية تشكيلها والمحاكم ووظائفها، كما تحدد الاحكام الخاصة برجال القضاء ومعاونيهم.

٢- قواعد الاختصاص : وهي التي تبين اختصاص المحاكم المختلفة سواء بالنسبة للقضاء العادي الذي يتولي الفصل في المنازعات المدنية والتجارية والقضاء الاداري الذي يحكم في المنازعات المتعلقة بسير الادارة. كذلك يحدد قواعد الاختصاص النوعي داخل الجهة القضائية الواحدة عل أساس نوع الدعوي وأهميتها.

٣- اجراءات التقاضي أو قواعد المرافعات وهي التي تتضمن الاجراءات والاوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء للقضاء وكذلك كيفية الفصل في الدعوي وقواعد تنفيذ الاحكام.

المطلب الخامس
القانون الدولي الخاص

ـ القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في الروابط الخاصة التي تنطوي على عنصر أجنبي.

ـ ففي العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي يدور البحث في حالة قيام نزاع بشأنها، المحكمة المختصة أهي المحكمة الوطنية أم محكمة البلد الأجنبي ؟ كذلك عن القانون الواجب التطبيق والقانون الدولي الخاص هو الذي يتكفل بذلك وعلى ذلك فهو لا يشمل تنظيماً موضوعياً للقواعد القانونية بين الأفراد ولكن هو يبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق أي ينحصر موضوعاته أساساً في تنازع الاختصاص وتنازع القوانين.

ـ ولكن جرت عادة الفقهاء على إدخال مسألة الجنسية وحالة الأجانب ضمن موضوعاته، والجنسية صفة في الشخص تفيد إنتمائه إلى دولة معينة ، أما قواعد المتعلقة بالأجانب فهي تحدد مركز رعايا الدول الأخري وتبين مدى مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات قبل الدولة التي يوجدون على أرضها.

ـ ويلاحظ أن قواعد القانون الدولي الخاص لا توضع عادة في شكل مجموعة مستقلة لذاتها إنما ترد في سياق نصوص القانون المدني وهو الاصل المشترك لقواعد القانون الخاص.

المطلب السادس
قانون العمل

- قانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال وهو قانون حديث نسبياً إذ نشأ بعد القفزة الصناعية وما ترتب عليها من استخدام الآلات الحديثة وظهور طبقة العمال وتعرضهم لظلم إجتماعي مما أدي إلى تدخل الدولة لحماية العمال من أصحاب الاعمال وإصدار تشريعات مختلفة لحمايتهم ثم ما لبثت هذه التشريعات أن صارت فرعاً مستقلاً وسمي بقانون العمل.
- ويشمل قانون العمل القواعد القانونية التي تنظم العمل التابع وهو العمل الذي يكون فيه العامل أثناء آدائه خاضعاً لأشراف ورقابة صاحب العمل كما يتضمن القواعد المتعلقة بعلاقات العمل الجماعية كعقد العمل المشترك والتوفيق والتحكيم في منازعات العمال.

نظام العمل والعمال السعودي

- خضعت علاقات العمل والعمال في المملكة العربية السعودية لنظام العمل والعمال الصادر في ١٣٦٦هـ والذي حل محله قانون العمل في عام ١٣٨٩هـ .
- وتنحصر موضوعات قانون العمل السعودي في موضوعات أهمها

تحديد من ينطبق عليهم النظام مع بيان واجبات أصحاب العمل والعمال وحماية الاجور وتحديد الرقابة والخدمات الاجتماعية وساعات العمل والراحة الاسبوعية والاجازات ولجان تسوية المنازعات العمالية لجان ابتدائية وعليا.

الفصل الثاني
القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة أو المقررة

- القانون ينظم سلوك الأفراد في المجتمع على وجه يحقق الامن والاستقرار للجميع وأن هذا يقتضي أن تكون قواعد القانون ملزمة وإلا كانت مجرد نصائح للأفراد لهم أن يخالفوها أو أن يتبعوها.

- ولكن ليس معني ذلك أن القانون وهو ينظم علاقات الافراد داخل المجتمع يسلب كل مجال لإرادة الأفراد، فهناك المصالح الاساسية للمجتمع والتي يجب أن ينظمها القانون على نحو لا يترك للأفراد حرية مخالفة ما ينص عليه القانون.

- ولكن القانون قد ينظم علاقات لا تمس المصالح الاساسية للمجتمع بل تمس المصالح الخاصة للأفراد، لذلك فأن القانون يجيز للأفراد الاتفاق على مخالفة هذه القواعد القانونية التي تنظم هذا النوع الثاني من العلاقات.

- وفقاً لعدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة القانونية أو جواز ذلك تقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمره وقواعد مكملة أو مفسرة أو مقرره.

ا- القواعد الآمره أو الناهيه

- القواعد الآمره أو الناهيه هي تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها، وكل اتفاق مخالف - يكون باطل - وذلك لأن المشرع وهو يضع القواعد القانونية لتنظيم سلوك الأفراد

في المجتمع قد يري أن سلوكاً معيناً ضروري لحفظ النظام في المجتمع وعندئذ يفرض هذا السلوك على الناس بقاعدة قانونية ولا يقبل منهم أن يخالفوه حتى لو كانت المخالفة نتيجة إتفاق ذوي الشأن.

ـ فالقواعد القانونية التي تنهي عن الاعتداء على جسم الغير أو ماله، قواعد متعلقة بأهم وأخطر الظواهر في المجتمع، ولو ترك للأفراد تنظيمها لسادت الفوضي في المجتمع ولذلك أقتضي أن تكون هذه القواعد آمره ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها. كما أن رضاء المجني عليه أو اتفاقه مع الجاني على قبول الفعل المحرم لا أثر له ولا يحول دون إنزال حكم القانون وتوقيع العقاب اللازم.

ـ ولنفس السبب تعتبر قواعد آمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها القوانين المتعلقة بحق الزوج المسلم في الطلاق وتعيين المحرمات من النساء فكل أتفاق على عكس هذه القواعد يعتبر باطلاً ولا أثر له.

ـ وقد تأتي القواعد الآمره بصيغ مختلفة فمنها ما يخاطب الأفراد بصيغة الأمر الصريح، ومنها ما يجيء في صيغة النهي ومنها ما يقرر حالة معينة كبلوغ الفرد سن الرشد ببلوغه ١٨ سنة هجرية في المملكة العربية السعودية. ومثال ذلك ما نص عليه قانون العمل السعودي في عام ١٣٩٨هـ في المادة السادسة منه على أنه «لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما إكتسبه العامل من حقوق أخري بمقتضي أي نظام آخر. ويقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو إتفاق يتنازل العامل بموجبه عن أي حق مقرر له بموجب أحكام هذا النظام ولو كان سابقاً على العمل به».

كذلك ما نصت عليه المادة ٦ من نظام التأمينات الإجتماعية السعودي من أن «كل إتفاق أو تسوية تخالف أحكام هذا النظام وتصدر ممن شملهم هذا النظام تعتبر باطلة إذا كان من شأنها أن تضر بحقوق المستفيدين».

كما نصت المادة ٩ من نظام الشركات السعودي في عام ١٣٨٥هـ على وجوب تقاسم جميع الشركاء لأرباح الشركة وخسارتها، ولا يجوز وفقاً لذلك الاتفاق على حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إعفائه من الخسارة.

كـ القواعد المكملة أو المقررة أو المفسرة

- أما القواعد المكملة فهي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وذلك لأن القانون وهو ينظم علاقات الأفراد، لا يسلبهم كل حرية في تنظيم علاقاتهم على الوجه الذي يريدونه وفق مصلحتهم الخاصة طالما أن المجتمع لم يضع تنظيماً خاصاً آمراً في هذا الشأن.

- ومثال للقواعد المكملة القواعد القانونية التي تقضي بأن ثمن المبيع يدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليمه، أو تلك التي توجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها أو القاعدة القانونية التي تنص على أن نصيب كل الشركاء في الأرباح والخسائر تكون بنسبة حصته في رأس المال فكل هذه القواعد مكملة أو مفسرة في المجتمع ولا يضار المجتمع في شيء أن يتفق البائع والمشتري على تسليم الثمن بعد تسليم المبيع أو أن يكون الثمن مؤجلاً.

ـ كذلك من القواعد المكملة ما نصت عليه المادة ١٧ من قانون العمل السعودي من أن «تحسب المدد والمواعيد المنصوص عليها في هذا النظام بالتقويم الهجري ما لم يتفق على غير ذلك». ونص المادة ٤٤ من نظام الشركات السعودي الذي ينص على أنه لا يجوز إشراك محاص جديد في نشاط الشركة الا بموافقة جميع الشركاء مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك فهذه النصوص أجازت للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة أحكامها ومن ثم فهي قواعد مكملة.

ـ ويلاحظ أن القواعد القانونية المفسرة أو المكملة أو المقررة هي قواعد قانونية ملزمة وأنه ليس هناك تعارض بين ذلك وبين جواز اتفاق الأفراد على مخالفتها، فالقواعد المفسرة لا تلزم الأفراد إلا حين تتوافر شروط إنطباقها، وأول شرط لتطبيق القاعدة المفسرة هو عدم الاتفاق على خلافها، فإذا لم يتوافر هذا الشرط ، بأن حصل فعلاً الاتفاق على خلافها أمتنع تطبيق القاعدة المفسرة لفوات شرط من شروط انطباقها.

على ذلك تظل القاعدة المفسرة قاعدة قانونية ملزمة بشرط توافر شروط انطباقها وأولها عدم وجود اتفاق بين الأفراد على مخالفتها.

كيفية التمييز بين القواعد الآمره والقواعد المفسرة

ـ أن التفرقة بين القواعد القانونية الآمره والقواعد القانونية المكملة هي تفرقة جوهرية وأساسية، ولذلك ينبغي التميز في أحكام القانون بين ما

يعتبر آمراً وما يعد مكملاً.

- وهناك معياران للتفرقة :

١- المعيار الشكلي لأنه يستند إلى عبارة النص ذاته.

٢- المعيار الموضوعي أو المعنوي لأنه يقوم على أساس طبيعة التنظيم التي أتت به القاعدة وموضوعه.

أولا - المعيار الشكلي :

- ويقوم هذا المعيار على أساس التعرف على صفة القاعدة القانونية من عبارة النص نفسه أي الفاظه.

- فمن ذلك أن ينص المشرع صراحة على عدم جواز الخروج عليها أو على بطلان ما يخالفها من أتفاق، وعندئذ تكون القاعدة آمره، أو هو ينص على جواز الخروج عليها بالاتفاق فتكون القاعدة مكملة. مثال ذلك نص المادة١٧١/١ ٢ من نظام الشركات السعودي « ترتب الحصص (أي حصص الشركاء) حقوقاً متساوية في الأرباح الصافية وليس فائض التصفية ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك»(قاعدة مفسرة) ، ويكون لكل شريك حق الاشتراك في المداولات وفي التصويت وعدد من الاصوات يعادل عدد الحصص التي يملكها ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك»(قاعدة آمره).

- وتنص المادة ٦ من قانون العمل والعمال السعودي الصادر عام ١٣٩٨هـ «أنه لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما أكتسبه العامل من حقوق أخري بمقتضي أي نظام آخر، ويقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو أتفاق

يتنازل العامل بموجبه عن أي حق مقرر له بموجب أحكام هذا النظام» (قاعدة آمره) كذلك نص المادة ٦ من نظام التأمينات الاجتماعيةالسعودية والتي تضمن كل إتفاق أو تسوية تخالف أحكام هذا النظام وتصدر ممن يشملهم النظام تعتبر باطلة». ونص المادة ٩ من نظام الشركات السعودي لعام ١٣٨٥هـ والتي ينص في مادته التاسعة على تقاسم جميع الشركاء لأرباح الشركة وخسارتها ولا يجوز وفق ذلك الاتفاق على حرمان أحد الشركاء من الارباح أو إعفائه منها.

. وعلى العكس من ذلك قد تدل الالفاظ على أن القاعدة مكملة فمثلاً نص مادة ١٧ من قانون العمل والعمال السعودي متضمنه على أن تحسب جميع المدد والمواعيد المنصوص عليها في هذا النسام بالتقويم الهجري ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك (قاعدة مكملة).

ثانيا ـ المعيار الموضوعي أو المعنوي

ـ قد لا تتضمن القاعدة القانونية من الالفاظ ما يكشف عن طبيعتها فأنه يمكن اللجوء إلى التحقيق من طبيعة الاحكام وذلك بالنظر إلى مضمون المصالح التي تنظمها، فإذا كانت تلك المصالح متعلقة بالنظام العام أو الاداب فإنها تعتبر قاعدة آمره، وإلا فهي مجرد قاعدة مكملة.

فكرة النظام العام

ـ النظام العام فكرة يصعب تحديدها لأنها فكرة مرنة ومتطورة، ومع ذلك يمكن القول بأن قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تتعلق بكيان الدولة والمصالح الاساسية لها سواء أكانت هذه المصلحة إجتماعية أو سياسية أو أقتصادية . ولما كانت المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة للأفراد لذلك وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة وكل اتفاق على مخالفة القواعد التي تتعلق بالنظام العام يعد اتفقاً باطلاً مطلقاً.

ـ وفكرة النظام العام فكرة مرنة فهي تضيق وتتسع في المجتمع وفق الافكار الاجتماعية السائدة، ففي ظل المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الشخصية وحرية الفرد تنحصر فكرة النظام العام في أضيق الحدود عكس الحال في المذاهب الاشتراكية حيث يتسع حدود هذه الفكرة لتشمل كثيراً من نواحي الحياة.

ـ وتختلف فكرة النظام العام من دولة إلى أخرى، بل في الدولة الواحدة من وقت لآخر ففي فرنسا مثلاً والدول الغربية يعتبر الزواج بأكثر من واحدة

مخالفاً للنظام العام بينما في الدول الإسلامية على العكس من ذلك.

أ- تطبيقات فكرة النظام العام على روابط القانون العام

١- تعتبر الاحكام الخاصة بنظام الدولة وحقوق الإنسان والحريات الأساسية من النظام العام كالحرية الشخصية وحرية التنقل وحرية الزواج وحرية العمل والتجارة وحرية ممارسة الشعائر الدينية.

٢- وتعتبو قواعد القانون الاداري من النظام العام لأتصالها بنشاط السلطة التنفيذية لإدارة المرافق العامة وتنظيمها. فلا يجوز للموظف أن يتنازل عن وظيفه إلى شخص آخر أو أن يتعهد لآخر بمحاباة في أعمال وظيفته.

٣- كذلك يعتبر التشريع المالي الذي ينظم الضرائب أو النقد أو يحدد سعر العملة من النظام العام فأتفاق البائع والمشتري على ثمن في العقد أقل من الثمن الحقيقي للهروب من رسوم التسجيل يعد إتفاقاً باطلاً والعبرة بالثمن الحقيقي.

تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص

- تتعلق قواعد القانون الخاص أما بالاحوال الشخصية وأما بالمعاملات المالية.

فالأحوال الشخصية تتصل أغلب قواعدها بالنظام العام لأنه يقصد بها تحقيق مصلحة عامة فلا يجوز للشخص الاتفاق مع آخر على تعديل الجنسية أو تغير الاسم أو المساس بالنسب أو النزول عن أهليته أو تعديل احكامها

أو الاتفاق على تعديل حقوق الاب في تربية إبنه أو حقوق الزوج على زوجته في الطاعة والامانة أو حقوق الزوجة في النفقة والرعاية ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق.

أما المعاملات المالية فأغلب قواعدها لا تتعلق بالنظام العام، فقواعدها قواعد مفسرة لإدارة المتعاقدين ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ومع ذلك فهناك طائفة لا يستهان بها من قواعد المعاملات تتعلق بالنظام العام منها القواعد الخاصة بحماية حسن النية ومناهضة الغش وحماية الطرف الضعيف في العقد مثل المادة ١٨ من نظام التأمينات الاجتماعية التي تضمن عدة قواعد آمره لحماية العامل وتأمين دخل ثابت له وحماية من المرض والعجز والشيخوخة.

فكرة الآداب العامة

- يقصد بالآداب العامة مجموعة القواعد الاخلاقية في أمه معينة وجيل معين والتي يرى الناس أنفسهم ملزمين باحترامها، ولقد رأينا أن لقواعد الاخلاق نطاقاً أوسع من نطاق القاعدة القانونية ولكن هذا يعني أن هناك حداً فاصلاً بين الاخلاق والقانون، فالقاعدة الاخلاقية إذا بلغت حداً من الأهمية بحيث تمس كيان المجتمع فإنها تنفذ إلى دائرة القانون فتضمنها قاعدة من قواعده. فالقانون لا يعاقب على مجرد الكذب ولكن ؛إذا بلغ الكذب حداً يهدد كيان المجتمع عاقب عليه القانون كما في حالة شهادة الزور.

ـ وبصفة عامة فإن كل إتفاق يخالف حسن الاداب العامة يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فعقد إيجار منزل يدار للفسق أو للقمار يعتبر عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً.

النظام العام والاداب في الشريعة الإسلامية

ـ يمكن أن نلمس الفرق بين القاعدة الآمره والقاعدة المكملة في العديد من التقسيمات الشرعية ، ففي البداية نجد أن الحكم ينقسم الي عدة أقسام بعضها ملزم لا يجوز للشخص أن يخالفه، وكذلك لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على مخالفته وهو الواجب والحرام . فالواجب هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الحتم والالزام، بحيث يعاقب إذا لم يقم به كالامر بالصلاة ودفع المهر للزوجة. والحرام هو ما طلب الشارع من المكلف الكف عن فعله حتماً، مثل النهي عن السرقة والقتل.

ـ ومن الاحكام الشرعية ما هو مندوب أو مباح أو مكروه، فالمندوب هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً غير جازم ويثاب فاعله ولا يعاقب تاركه مثل الآذان أو آداء النوافل.

والمباح هو تخير الشارع المكلف بين فعله أو تركه مثل الخطبة قبل الزواج أو أكل طعام أهل الكتاب.

والمكروه فهو ما طلب الشارع من المكلف الكف عن طلبه طلب غير حتم ويستدل على الواجبات والمحرمات أما بصيغة النص كأن يأمر أو ينهي وتدل الصيغة على أن الامر أو الاجتناب حتم مثل قوله تعالي :«حرمت عليكم

الميته والدم ولحم الخنزير» أو يكون الامر أو النهي مقترناً بالدلالة على الحتمية مثل قوله تعالى «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة» ، «إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فأجتنبوه».

- ومما يدل على الوجوب أو التحريم إقتران إتيان الفعل بعقوبة مثل قوله تعالي «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة». وفيما عدا الواجبات والمحرمات فإن الافعال الاخري المندوبة والمكروهة والمباحة غير ملزمه، وإنما في كل منها قدر من المرونه والتخفيف على الناس لكي يعملوا على اجتنابها كل حسب طاقته.

- ويري الفقه الاسلامي أن الحقوق تقسم إلى حقوق لله وهي تلك التي يتعلق بها النفع العام من غير اختصاص بأحد كالصلاة والزكاة وحقوق العبد وهو ما يتعلق بالمصلحة الخاصة كحرمة ملك الغير وهناك أمور يجتمع فيها حق الله وحق العبد ولكن حق الله فيها غالب فتعتبر من حقوق الله كحق عقوبة القذف، وهناك أمور إجتمع فيها حق الله وحق العبد ولكن حق العبد فيها غالب كالقصاص.

- ولا يجوز للأفراد أن يعتدوا على حق من حقوق الله بأي شكل كمنع الزكاه أو من الامور التي يجتمع فيها حقوق الله وحقوق العبد ويكون حق الله فيها غالب كالحدود. أما الحقوق التي يغلب حق العبد فيجوز التنازل عنها مثل العفو في القصاص، كما يجوز للمرأة أن تتنازل عن حقوقها المالية قبل الزواج إذا أرادت الطلاق منه.

- هذه اهم تقسيمات القاعدة الشرعية .

الباب الثالث
مصادر القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية

سنقسم هذا الباب إلى :

١- الفصل الأول   المصادر الاصلية للتشريع في المملكة

٢- الفصل الثاني   المصادر التبعية للتشريع في المملكة

٣- الفصل الثالث   المصادر المرعية للانظمة في المملكة

الفصل الاول
المصادر الاصلية للتشريع في المملكة

المبحث الاول
القرآن الكريم

تعريف :

القرآن الكريم هو كتاب الله الذي أنزله باللفظ العربي على رسوله محمد صلي الله عليه وسلم المدون بين دفتي المصحف والمبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس، والذي نقل إلينا بالتواتر.

ومن هذا التعريف نتبين العناصر الآتية :

(أ) القرآن الكريم لفظه عربي. ويترتب على ذلك أن ما يوحيه الله سبحانه وتعالي إلى رسوله من معاني، ثم يعبر عنه الرسول بألفاظ من عنده، لا يعتبر قرآناً ، على نحو ما نرى في الأحاديث القدسية، ومن ثم لا يأخذ حكم القرآن من ضرورة طهاره قارئه ، ومن جواز الصلاة به، إلى غير ذلك.

ويترتب على ذلك ايضاً أن ترجمة القرآن لا تعتبر قرآناً، وإنما تعتبر ترجمة للمعاني التي فهمها من المترجم من آيات القرآن، ونفس الوضع بالنسبة لتفسير القرآن.

(ب) القرآن الكريم.نزل على محمد صلي الله عليه وسلم :

فالقرآن الكريم هو معجزة الإسلام الأولي ، لذا نزلت على نبي الاسلام صلي الله عليه وسلم. كما نزلت التوراة على موسي عليه السلام ، والانجيل على عيسي عليه السلام، ومن المسلم به أن الاسلام هو آخر الرسالات، ومن ثم فهو متمم لها ، يقوم الله سبحانه وتعالي «شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك، وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين، ولا تتفرقوا فيه» سورة الشوري الاية ١٣.

ومن هنا طلب القرآن الكريم الإيمان بجميع الرسل، وكذلك الايمان بما أنزل إليهم جميعاً «قولوا آمنا بالله، وما أنزل إلينا ، وما أنزل إلى ابراهيم وإسماعيل واسحاق ويعقوب والاسباط، وما أوتي موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون(سورة البقرة آية ١٣٦).

شرع من قبلنا هل هو شرع لنا ؟

يري جمهور الفقهاء أنه إذا إقترنت هذه الاحكام بما يدل على نسخها عندنا فليست شرعاً لنا ، وإذا قرنت بما يدل على تقريرها وكتابتها علينا كما كتبت على الذين من قبلنا فهي شرع لنا . أما إذا ذكرت مجردة عما يدل على نسخها أو تقريرها فهي محل خلاف، فالبعض يري أنها ليست شرعاً لنا والبعض الآخر يري أنها شرع لنا.

(ج) النقل بالتواتر . وهذا ما يجعله قطعي الثبوت من ناحية ، وينقي صفة القرآن عما نقل إلينا بطريق الآحاد.

القرآن الكريم المصدر الاساسي للشريعة الإسلامية :

أنعقد إجماع المسلمين على ان القرآن الكريم هو أساس الدين والشريعة، وهو نور الله في هذا العالم إلى أن تقوم الساعة «ذلك الكتاب لا ريب فيه هدي للمتقين»، «لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه». ويسمي القرآن الفرقان «تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً».

ولقد كانت الآيات القرآنية تنزل حسب متطلبات الظروف والحوادث مع مراعاة مدى استعداد العرب للتخلي عن عاداتهم التي تتعارض مع مبادي الدين الاسلامي التي تهدف للمحافظة على النفس والعقل والدين والمال والنسل.

ولنأخذ مثلاً تحريم الخمر، فقد بدأ أولاً بقوله تعالي «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إِثم كبير ومنافع للناس وأثمهما أكبر من نفعهما» ثم التحريم أثناء الصلاة «ياأيها الدين أمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكاري»، ثم التحريم المطلق في قوله تعالى «إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون». وهكذا تم التحريم تدريجياً وعلى مراحل.

مشتملات القرآن الكريم :

وقد تعرض القرآن الكريم لبيان عقيدة الاسلام (التوحيد) وشريعته (أي أحكام العبادات والمعاملات).

وقد بين القرآن الكريم العقيدة الاسلامية تفصيلاً، أما الشريعة فقد بين

بعض أحكامها تفصيلاً كأحكام الميراث والمحرمات من النساء ، وأجمل الباقي كالصلاة والزكاه في العبادات والبيع والربا في المعاملات. وقد ترك القرآن الكريم بيان بعض ما أجمله الى السنه النبوية كالصلاة والزكاة وترك بيان بعضها الآخر الى ظروف الناس وأحوالهم وأعرافهم كأمر القرآن بإقامة العدل بين الناس تاركا طريقة القضاء الى ما يراه الناس أصلح وأفضل من حيث نوع المحاكم وأختصاصاتها وطريقة التقاضي أمامها.

ويلاحظ أن أحكام الكتاب في مجال المعاملات لا تزيد على مائتي آيه من مجموع آيات القرآن الكريم، وذلك حتى تكون الشريعة الإسلامية مرنه ومتطوره وصالحة لكل زمان ومكان فالله عليم خبير»، يعلم أن مصالح الناس وحاجاتهم متطورة ومتغيرة طبقاً لاختلاف الزمان والمكان. ولذلك لم يتضمن التشريع القرآني في مجال المعاملات سوي مبادىء عامة رئيسية وترك للناس معالجة التفصيلات. كل حسب زمنه وبيئته. ولنأخذ لذلك مثلاً عقد البيع وهو اكثر العقود المدنية أحكاماً فلم يرد في نصوص القرآن من أحكامه إلا أربعة أحكام : الأول: إباحة البيع في قوله تعالي في سورة البقرة :«وأحل الله البيع وحرم الربا» والثاني : اشتراط التراضي فيه في قوله تعالي في سورة النساء :«ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»، والثالث : عن شهره في قوله تعالي في سورة البقرة :«وأشهدوا إذا تبايعتم» ، والرابع : النهي عنه وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة :«ياأيها الذين أمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع».

المبحث الثاني
السنة

تعريف السنة :

تعني السنة لغة الطريقة مثل قوله صلي الله عليه وسلم :«من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة».

والسنة شرعاً هي أقوال رسول الله صلي الله عليه وسلم وأفعاله وتقريراته.

أنواع السنة :

السنة ثلاثة أنواع من حيث شكلها :

١ـ السنة القولية : وهي الأحاديث الشريفة مثل قوله صلي الله عليه وسلم :«لاضرر ولا ضرار» وقوله «أنما الأعمال بالنيات ولكل امريء ما نوى».

٢ـ السنة الفعلية : وهي ما صدر عن النبي صلي الله عليه وسلم من أفعال يقصد بها التشريع مثل وضوئه وأدائه الصلوات الخمس والعقود التي كان يبرمها.

٣ـ السنة التقريرية : وهي ما أقره النبي صلي الله عليه وسلم من قول سمعه أو فعل رآه، سواء كان هذا الاقرار صريحاً وذلك بموافقتها صراحة أو إظهار استحسانه لهذا الفعل أو القول، أو اقراراً سكوتياً، وذلك بسكوته وعدم إنكاره لما رآه أو سمعه، ذلك بأن سكوت النبي صلي الله عليه وسلم

عن أمر وعدم إنكاره له دليل على رضا الله عز وجل عنه، ومثال السنة التقريرية ما روي من أن النبي صلي الله عليه وسلم قدم إلى المدينة وأهلها يسلفون في الثمار السنة والسنتين أي يبيعون الثمار بثمن عاجل على أن تسلم بعد أجل معين كالسنة والسنتين والرطب ينقطع في ذلك الاجل فأقرهم على ذلك ولم يشترط أن تظل الثمار موجودة من وقت ابرام عقد السلف حتى وقت التسليم.

تدوين السنة :

لم تدون سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم تدويناً جامعاً حتى العصر العباسي، ويروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي أن تجمع سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم لئلا يقبل الناس عليها ويتركوا القرآن الكريم.

ومجامع الحديث نوعان : مسانيد ومصنفات، والمسند هو كتاب فيه جمع للأحاديث وتبويبها بحسب رواتها ، فيسند الى كل راوي من الصحابة والتابعين كل ما رواه من أحاديث رسول الله صلي الله عليه وسلم، فتجمع الأحاديث التي رواها أبو بكر أياً كان موضوعها.. ثم الأحاديث التي روتها عائشة.. أو عمر ..وما الى ذلك. والمصنف هو كتاب يتم فيه جمع الأحاديث وتبويبها بحسب موضوعات معينة بصرف النظر عن رواتها فتجميع الأحاديث التي رويت مثلاً في الصلاة أياً كان راويها من الصحابة أو غيرهم ثم الأحاديث التي رويت في الزكاة.. والبيع.. وما إلى ذلك.

وأشهر مسند هو مسند الامام أحمد بن حنبل رضي الله عنه، وقد روي أن مسند الامام أحمد بن حنبل لم يقتصر على الحديث القوي بل شمل الحديث القوي والغريب بل كان يروي الأحاديث التي يذكرها الثقات من معاصريه

ولا يرد إلا المتعارض مع المشهور.

أما المصنفات فأهمها صحيح البخاري وصحيح مسلم.

حجية السنة :

السنة فسرت القرآن وبينت مجمل أحكامه كالوضوء والصلاة والزكاة ..الخ. وتعتبر السنة المصدر الثاني بعد كتاب الله والدليل على ذلك قوله تعالى :«ومن يطع الرسول فقد أطاع الله»، وقوله تعالي :«وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» وقوله عز وجل «لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة».

أنواع السنة من حيث الإسناد :

يقسم الحديث من حيث إسناد إلى : حديث متواتر وحديث مشهور وحديث آحاد :

١ـ الحديث المتواتر : وهو الحديث الذي يروي عن قوم لا يحصي عددهم ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وتباين أماكنهم وتناقلته جماعة مماثلة من زمن الرسول صلى الله عليه وسلم حتى تدوينه .

والحديث المتواتر كثير في السنن الفعلية كالوضوء والحج مثلاً وقليل جداً في السنة القولية.

والحديث المتواتر حجة فيما ورد فيه باجماع الفقهاء.

٢ـ الحديث المشهور : هو ما رواه عن النبي صلي الله عليه وسلم واحد أو أثنين أو عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر بحيث لا يمتنع التواطؤ على الكذب، ثم يرويه بعد ذلك جمع من جموع التواتر.

والحديث المشهور يعتبر عند الاحناف نوعاً مستقلاً يفيد عندهم العلم اليقيني، أما جمهور الفقهاء فيعتبرونه من أحاديث الآحاد.

٣ـ حديث الآحاد : وهو دون المتواتر والمشهور.

وحديث خبر الواحد لا يفيد العلم اليقيني بل يفيد العلم الظني الراجح لأن الاتصال بالنبي صلى الله عليه وسلم فيه شبهه، ومن ثم يجب العمل به أن لم يعارضه معارض.

ويشترط الامام أحمد بن حنبل للأخذ بحديث الآحاد أن يكون مستوفياً لشروط الراوية الصحيحة أي العدالة والضبط وألا يخالف الحديث الآيات القطعية الدلالة من القرآن وما علم من الدين بالضرورة، وأن يكون الراوي قد سمع الحديث عمن يرويه وألا يكون في متن الحديث شذوذ.

الفصل الثاني

المصادر التبعية للتشريع في المملكة

هناك معين لا ينضب لاستخلاص الأحكام في الشريعة الإسلامية ذلك هو الاجتهاد بالرأي، وله عدة مصادر، وتعتبر هذه المصادر تبعية لأنها تستند إلى المصادر النصية في القرآن والسنة ، فهي تتبع المصادر الأصلية وتدور في اطارها.

تعريف الإجتهاد :

الاجتهاد بالرأي هو بذل الجهد المتواصل الى الحكم في واقعة لا نص بها في الكتاب أو السنة وذلك عن طريق التفكير واستخدام الوسائل التي هدى الشرع إليها للأستنباط فيما لا نص فيه.

على أنه يجب أن تتوافر شروط معينة في المجتهد وذلك حتى لا يكون الاجتهاد سبباً في حدوث فوضى تشريعية، وتكتفي هنا بأن نوجز شروط الاجتهاد.

شروط الاجتهاد :

١- يشترط أن يكون المجتهد على علم تام بآيات الأحكام في القرآن ولأصول التشريعية العامة التي قررها.

٢- يشترط أن يكون المجتهد على علم تام بالسنن التشريعية العملية القولية والفعلية والتقريرية أي بما صدر عن الرسول من التشريع جزئياته وكلياته.

٣ـ أن يكون على علم بما أجمع عليه المجتهدون المسلمون في العصور السابقة، فكما أنه لا مجال للأجتهاد فيما فيه نص صريح، فكذلك لا مجال للاجتهاد فيما انعقد على حكمه اجماع المجتهدين.

٤ـ أن يدرس المجتهد علم أصول الفقه دراسة شاملة وأن يعرف المبادىء التشريعية العامة التي بنيت عليها الأحكام، وأن يعرف علل الأحكام التي دلت عليها النصوص وعلل الأحكام التي تؤخذ من القواعد الكلية.

٥ـ أن يكون المجتهد عدلاً أي كاملاً في دينه وخلقه لا يرتكب كبيرة ولا يصر على صغيرة ولا يخشى في الحق لومة لائم ولا بأس ذي سلطان ولا يرى سوى المصلحة العامة.

أهم مصادر الإجتهاد :

إذا لم نجد حكماً لمسألة معينة في الكتاب والسنة فإن الشرع قد مهد طرقاً عديدة لإستنباط الأحكام الشرعية. على أن هذه الوسائل الشرعية لم تحظ بإجماع الفقهاء، وسوف تبحث فيما يلي أهم المصادرالاجتهادية وهي :

١ـ قول الصحابي

٢ـ الاجماع

٣ـ القياس

٤ـ المصالح المرسلة

٥ـ الاستصحاب

٦ـ سد الذرائع

المبحث الأول
قول الصحابي

الصحابي هو كل فر: لقي النبي صلى الله عليه وسلم وآمن به ولازمه زمناً حتى صار يطلق عليه الصحابي.

ولقد كان الصحابة على درجات مختلفة من الاجتهاد ، فمنهم من أكثر الأفتاء مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعائشة رضي الله عنهم. وكان ذلك بعد وفاة رسول الله صلي الله عليه وسلم بفترة طويلة إذ وقعت كثير من الأحداث وجدت مسائل عديدة سئل الصحابة عن أحكامها فأفتوا بما فهموه من كتاب الله وسنة رسوله فيمكن القول بأن رأي الصحابي الذي يعتبر دليلاً شرعياً هو الرأي النابع عن اجتهاده ورأيه الشخصي. أما إذا نقل وقائع كما لو قال كنا نفعل في عهد الرسول كذا وكذا ، فهذا يعتبر من قبيل السنة.

ويعتبر الامام أحمد بن حنبل فتاوي الصحابي المرجع الثاني لفهم الدين والشرع الاسلامي بعد أقوال النبي صلى الله عليه وسلم لأنهم أقرب إلى الرسول وقد عاشوا وشاهدوا معه وأثنى الله عليهموعلى من تبعهم باحسان إلى يوم الدين، فأقوالهم تقبل..

المبحث الثاني
الأجماع

تعريف الأجماع

الإجماع هو أتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول على حكم شرعي. فإذا ثبت اجماع الأمة لم يكن لأحد أن يخرج عن إجماعهم لأن الأمة لا تجتمع على ضلالة.

حجية الإجماع :

وقد أجمع جمهور الفقهاء على حجية الإجماع مستندين في ذلك على الكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى :«ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً» وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم :«لا تجتمع أمتي على ضلالة» و«ما رآه المسلمين حسناً فهو عند الله حسن» و«سألت الله ألا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها».

على أن هناك بعضاً من الفقهاء يرى عدم إمكانية تحقيق الاجماع لصعوبة حصر كل مجتهدي العصر والتحقق من رأي كل واحد منهم.

لكن جمهور الفقهاء يري إمكانية انعقاد الإجماع وتحقيقه فعلاً مشيرين إلى إجماع المجتهدين من الصحابة على أحكام كثيرة مثل إجماعهم على

بطلان تزوج المسلمة من غير مسلم، ومقاتلة مانعي الزكاة.

والواقع أن الاجماع كان سهلاً في عهد الصحابة لقلة عدد المجتهدين. ولكن قد يصعب الآن تحقيق الإجماع لصعوبة حصر كل المجتهدين والتحقق من توافر شروط الاجتهاد فيهم.

الا ان مجمع الفقه الاسلامي يعد النواة الطيبة للاجماع في عصرنا الحالي:

الاجماع القولي والإجماع السكوتي

وقد يكون الإجماع بإبداء الرأي صراحة وهو الإجماع القولي، وقد يكون إجماعا سكوتيا مثال ذلك صدور حكم من قاض أو فتوى من فقيه دون معارضة من سائر المجتهدين.

والإجماع السكوتي كالإجماع القولي حجة عند الإمام أحمد، على خلاف الإمام الشافعي الذي لا يقر الإجماع السكوتي، فقد يكون سكوت المجتهدين الآخرين فيه برأي ومن الجائز عندما تكتمل لديه عناصر البحث أن يرى رأيا آخر منخالفاً لرأيهم.

شروط تحقق الإجماع

يشترط لتحقيق الإجماع توافر ثلاثة شروط

١ـ إجماع المجتهدين المسلمين على رأي في حكم شرعي، وعلى ذلك فلا يعتبر الشخص العادي ممن لا تتوافر فيه شروط الاجتهاد أهلا للاجتهاد، بل لا يجوز الاجتهاد للعلماء غير المختصين في الأحكام الشرعية مثل العلماء

في الهندسة أو الطب مثلا إلا إذا كانت المسألة مثار البحث لها علاقة بهذا العلم.

٢ـ أن يصدر الإجماع من جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية أي سواء كانوا في أقطار إسلامية أو غير إسلامية. والواقع أن هذا الشرط قد جعل من الإجماع أمرا عسيرا للغاية إن لم يكن مستحيلا نظرا لتفرق العلماء في مشارق الأرض ومغاربها واستحالة الاحاطة بهم وبآرائهم عادة.

٣ـ أن يصدر الإجماع بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم لأن الإجماع في حياته ما هو إلا سنة تقريرية.

المبحث الثالث
القياس

القياس هو التسوية في الحكم بين أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر ورد نص على حكمه وذلك لاتحاد العلة في الأمرين، مثال ذلك شرب الخمر محرم بنص القرآن وذلك لعلة الإسكار. فيقاس عليه كل شراب آخر تخمر وصارت فيه خاصية الإسكار كالنبيذ، وقتل الوارث مورثه مانع من الإرث للحديث «لا يرث القاتل» ويقاس عليه قتل الموصي له للموصى وقتل الموقوف عليه للواقف لاتحاد العلة في الحالتين، وهو استعجال موت المورث أو الموصي والاستفادة من الجريمة. وتقضي قواعد النظام أن الامضاء حجة على موقعه ويقاس على ذلك بصمة الأصبع. إلخ.

والقياس أوضح طرق الاستنباط وأقواها، ولقد كان القياس خير معين للمسلمين بعد انتشار الإسلام في أرجاء المعمورة عندما وجد المسلمون أنفسهم أمام مشاكل وقضايا جديدة لم يرد فيها نص في الكتاب أو السنة أو الإجماع. فقام المجتهدون من المسلمين بأعمال العقل والمنطق لإيجاد الحلول المناسبة التي تتفق مع أحكام الكتاب والسنة وألحقوا ما لم يرد فيه نص بما ورد فيه نص عند اتحادهما في العلة.

أركان القياس

للقياس أربعة أركان

١ـ الأصل أو المقيس عليه، وهو واقعة النص أو الواقعة التي ورد بصددها حكم النص.

٢ـ الفرع أو المقيس وهو الواقعة الطارئة التي لا نص على حكمها ويراد الوصول إلى حكم فيها.

٣ـ حكم الأصل وهو الحكم الذي ورد في النص.

٤ـ علة لحكم وهي العلة التي بني الشارع عليها حكمه في واقعة النص.

ففي مثال تحريم شرب الخمر، الأصل أو المقيس عليه هو الخمر والفرع أو المقيس هو النبيذ، وحكم الأصل هو النهي عن شرب الخمر، وعلة هذا الحكم أو الوصف الجامع بينهما هو الإسكار وما يؤدي إليه من إخلال بالعقل.

حجية القياس

أخذ جمهور الفقهاء في مختلف العصور بالقياس كأحد أدلة الأحكام الشرعية واستدلوا على الأخذ به بقوله تعالى: «ولو ردوه إلى الرسول وأولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم». ويروي عمر بن الخطاب أنه قال لأبي موسى الأشعري: «أعرف الاشباه بالنظائر ثم قس الأمور عند ذلك» وقد قاس بعض الصحابة اختيار أبي بكر كخليفة على امامته للصلاة وبايعوه لأن النبي صلى الله عليه وسلم اختاره في امامة الصلاة وقالوا: «أختاره لأمر ديننا أفلا نختاره لأمر دنيانا».

وقد اتخذ الإمام أحمد بن حنبل موقفا وسطا من القياس، فلم يغال في القياس كما لم ينف القياس نفيا باتا، بل أخذ به وقرره لأن النصوص في القرآن والسنة متناهية أي محصورة معروفة بينما حوادث الحياة ووقائعها لا حصر لها فهي غير متناهية فكان لابد من القياس على ما ورد في هذه النصوص من أحكام عند اتحاد العلة.

ويذكر ابن قدامة الحنبلي في كتاب الروضة أن الإمام أحمد قال: «لا يستغنى أحد عن القياس» وكان يجتهد بالقياس ويأخذ به عند الضرورة. وقد تبعه جميع الحنابلة وأخذوا بالقياس وأولوه ما يستحقه من عناية ورعاية. ويعتبر القياس في المذهب الحنبلي المصدر الخامس للشريعة الإسلامية بعد القرآن والسنة وفتوى الصحابي والاجماع فلا يعمل به إلا إذا لم يوجد حكم فيما تقدمه من هذه المصادر.

المبحث الرابع
المصالح المرسلة

المصلحة بشكل عام هي ما يجلب نفعا أو يدفع ضررا أو يدرآ مفسدة وتنقسم المصالح بهذا المعنى إلى ثلاثة أقسام:

أ ـ مصالح معتبرة وهي التي شرع الشارع أحكاما لتحقيقها: مثل ذلك حفظ حياة الناس فقد شرع له الشارع إيجاب القصاص من القاتل وحفظ أموال الناس شرع له الشارع حد السرقة، وحفظ أعراض الناس شرع له الشارع حد القذف والزنى.. إلخ.

ب ـ مصالح ملغاة وهي التي شرع الشارع أحكاما لاجتنابها، مثال ذلك مصلحة الناس في الخمر والميسر فقد قال الله تعالى فيهما «واثمهما أكبر من نفعهما»، ومصلحة الناس في الربا مصلحة ملغاة، وهكذا.

جـ ـ مصالح مرسلة وهي التي لم يرد في الشرع دليل على اعتبارها أو إلغانها، وحيثما وجدت مصلحة منها أجيز شرعا ما يحققها.

وهكذا المصالح المرسلة هي التي لم يقم دليل شرعي على اعتبارها أو إلغانها.

ومن الواضح أن مصالح الناس تتجدد وتختلف باختلاف الزمان والمكان، وإذا لم تشرع الأحكام التي تحقق مصالح الناس المتجددة لتعطلت كثير من المصالح ووقف التشريع عن مسايرة ركب الحياة وترتب على ذلك اهدار حقوق الناس ومصالحهم وإلحاق الضرر بهم، والله سبحانه وتعالى يقول: «وما جعل عليكم في الدين من حرج» والرسول الكريم صلى الله عليه وسلم

يقول: «لا ضرر ولا ضرار».

ولقد ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسلة حجة شرعية يبني عليها تشريع الأحكام، وأن الواقعة التي لا حكم فيها بنص أو إجماع أو قياس يشرع فيها الحكم الذي تقضيه المصلحة المرسلة. ويستندون في ذلك إلى أن الصحابة قد شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة لعدم وجود دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها. مثال ذلك أن أبا بكر جمع الصحف المفرقة التي كان مدونا فيها القرآن، وحارب ما نعي الزكاة، وعمر أمضى الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات ووضع الخراج ودون الدواوين واتخذ السجون، إلخ.

وقد أخذ الإمام أحمد رضي الله عنه بالمصلحة المرسلة في السياسة الشرعية بشكل عام، وهي ما ينهجه الإمام لإصلاح الناس وحملهم على ما فيه مصلحة وإبعادهم عما فيه مفسدة، وقد قرر رضي الله عنه في ذلك عقوبات لما في ذلك من إصلاح للناس وأن لم يرد في ذلك نص لأن العقوبات تشرع بمقدار ما يحدث الناس من جرائم. وكل ما يدفع عن الناس شر هذه الجرائم فهو مشروع ما لم يكن منهيا عنه بصريح النص.

وقد تبع فقهاء الحنابلة أمامهم وأفاضوا بالافتاء في باب السياسة الشرعية بما يحقق مصالح الناس بجلب المنفعة لهم أو دفع الضرر عنهم. ومن الفتاوي التي أفتى بها متأخروا الحنابلة استنادا إلى المصلحة المرسلة جواز فرض التسعيرة أي وضع حد أعلى لثمن الأشياء، وذلك إذا كان الناس يحتاجون إلى ذلك وكانوا في حرج من دونه.

شروط الأخذ بالمصلحة المرسلة

اشترط الفقهاء ثلاثة شروط للأخذ بالمصلحة المرسلة وذلك حتى لا تكون بابا للتشريع بالهوى.

الشرط الأول

يشترط أن تكون المصلحة حقيقة وليست مصلحة وهمية أي أن يكون تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعا أو يدفع ضررا.

مثال ذلك توهم أن المصلحة في جعل حق التطليق للقاضي فقط في جميع الحالات وسلب الزوج حق تطليقه زوجته، فقد يظن أن فيه مصلحة للمرأة، لأن الزوج لن يطلقها إلا لسبب عادل يقره الفقهاء، والصحيح أن في هذا الحكم ضررا بالمرأة لأنه سيحفز الزوج إلى أن يكشف عيوب زوجته ليقنع القاضي بحقه في طلاقها، وفي كشف عيوب المرأة ضرر بها، لا مصلحة فيه.

الشرط الثاني

أن تكون المصلحة عامة وليست مصلحة شخصية، أي أن يكون التشريع يحقق مصلحة جمهور الناس ولا تتخذ المصلحة لوضع تشريع لمصلحة فرد أو أفراد قلائل. والمصلحة العامة هي التي تتضمن جلب منفعة أو دفع مضرة عن الدين أو النفس أو المال أو العقل أو النسل المقاصد الخمس.

الشرط الثالث

ألا يتعارض الأخذ بالمصلحة المرسلة مع حكم أو مبدأ ثبت بالنص أو الإجماع، فلا يصح مساواة الابن والبنت في الإرث لتعارض ذلك مع نص القرآن الذي فرض للذكر مثل حظ الأنثيين.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة المصالح المرسلة، كما صاغها فقهاء الشريعة، تعد مصدرا خصبا للتشريع في الدولة الإسلامية الحديثة. فلا شك أن حاجات المجتمع الإسلامي الحديث متطورة ومتغيرة وتحتاج إلى إصدار العديد من التشريعات في مختلف فروع الحياة بما يحقق مصالح الناس واحتياجات الدولة في العصر الحديث كالتشريعات التي تنظم اجراءات التقاضي وتنظيم المصالح الحكومية والهيئات العامة والمؤسسات العامة والخاصة، وفرض الضرائب والرسوم، وتنظيم اجراءات شهر الحقوق، إلخ.

المبحث الخامس
الاستصحاب

عرف ابن قيم الجوزية الاستصحاب بأنه استدامة اثبات ما كان ثابتا، واستدامة نفي ما كان منفيا أي بقاء الحكم القائم اثباتا أو نفيا حتى يقوم دليل على تغيير الحال مثال ذلك أن الأصل في الأشياء هو الإباحة لقوله تعالى: «هو الذي خلق لكم ما في الأرض جمبعا» كما ذكر سبحانه وتعالى في كثير من الآيات بأنه سخر للناس ما في السموات ومافي الأرض. وعلى ذلك فإذا لم يقم دليل من الكتاب أو السنة على تحريم شيء من الأشياء أو تصرف من التصرفات فالأصل هو الإباحة حتى يقوم دليل على عكس ذلك.

ويلاحظ أن الاستصحاب لا ينشئ حكما جديدا بل يبقى الحال على ما هو عليه من الإباحة الأصلية أو الحظر أو عدم الوجود.

وقد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم على الأخذ بالاستصحاب، ويرى الفقهاء أن الاستصحاب اخر مصدر للفتوى وهو لذلك لا يعتبر دليلا قويا للاستنباط، وإذا عارضه دليل آخر في الكتاب أو السنة أو فتوى الصحابي أو الاجماع أو القياس قدم عليه.

ويقسم الفقهاء الاستصحاب إلى أربعة أقسام:

١ـ استصحاب الحكم الأصلي للأشياء: والاصل هو الإباحة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

٢ـ استصحاب البراءة الأصلية: والأصل براءة الذمة من أي التزامات حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، فإذا ادعى شخص بمديونية شخص آخر، فعلى المدعي إثبات دعواه.

٣ـ استصحاب ما دل العقد أو الشرع على ثبوته ودوامه كالتملك عند وجود سببه، فإنه يستمر حتى يوجد دليل يبطله، فإذا ثبتت ملكية شخص لعقار فإن ملكيته تستمر حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

٤ـ استصحاب الوصف: فالشخص الغائب عن بلده لفترة طويلة يعتبر حيا إلى أن يقوم الدليل على وفاته.

المبحث السادس
سد الذرائع

الذريعة هي الوسيلة التي يلجأ رليها الإنسان للوصول إلى أمر من الأمور. والوسائل التي تؤدي إلى المحظور يجب أن تكون محظورة وهذا هو سد الذرائع، فمعنى سد الذرائع دفع الوسائل التي تؤدي إلى المفاسد والأخذ بالوسائل التي تؤدي إلى المصالح. فإذا نهى الشارع عن عمل فعل معين فإن هذا النهي يمتد إلى كل أمر يؤدي إلى هذا الفعل وذلك سدا للذرائع، مثال ذلك أن الشارع حرم الزنا فيمتد هذا التحريم إلى كل ما يؤدي إليه كالنظر إلى عورة المرأة الأجنبية أو اختلاء رجل وامرأة ولقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الدائن عن قبول الهدية من المدين حتى لا يتخذ ذلك ذريعة للربا واتخاذ الهدايا بدلا من الفوائد كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قطع أيدي السارقين في الغزوات حتى لا يلتحقوا بالمشركين.

وقد أخذ الإمام أحمد بمبدأ سد الذرائع، فحرم بيع السلاح عند الفتنة لأنه إعانة على العدوان كما حرم إجارة الدور بغرض إقامة سوق للمعاصي مثل بيوت الدعارة. وكان الإمام أحمد رضي الله عنه ينظر إلى النتائج فيمنع الأمر كلما أدت نهايته إلي محرم ويقره كلما أدت نهايته إلى مطلوب.

ويلاحظ أن الوسيلة التي تؤدي إلى محظور تكون محظورة، سدا للذرائع سواء كان من يستخدم هذه الوسيلة حسن النية أي لا يريد المحظور أو كان سيء النية أي يتخذ هذه الوسيلة سبيلا إلى الوصول إلى المحظور.

الفصل الثالث
المصادر المرعية للأنظمة في المملكة

وقد عرفنا علاقة الأنظمة بالشريعة الإسلامية، وانتهينا إلى ان الأنظمة تستند إلى فكرة السياسة الشرعية، كما رأينا أن الأنظمة لا يجوز أن تخرج عن الإطار العام للشريعة الإسلامية.

وقد سبق أن ذكرنا أن الأنظمة التنظيمية السلطة المختصة بإصدار في المملكة هي مجلس الوزراء.

كما يجوز لمجلس الوزراء والوزراء إصدار لوائح تنظيمية أو تنفيذية أو مستقلة.

كذلك للعرف دور في تحديد بعض الأحكام.

وسنتكلم فيما يلي عن الأنظمة ثم اللوائح ثم العرف:

المبحث الأول
الأنظمة

يقصد بالنظام في المملكة العربية السعودية القاعدة التي تصدر بموجب مرسوم ملكي بعد موافقة مجلس الوزراء (مادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء رقم ٣٨ تاريخ ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ).

مراحل سن النظام

١- مرحلة التحضير والإعداد: أي مرحلة وضع مشروع النظام ولكل وزير الحق في اقتراح أي مشروع نظام يدخل في أعمال وزارته او اي وزارة.

ويقدم مشروع النظام إلى مجلس الوزراء (م ٢٢ من نظام مجلس الوزراء)، ويحال مشروع النظام إلى لجنة الأنظمة في مجلس الوزراء للجنة تقديم تقرير عنه إلى مجلس الوزراء.

٢- مرحلة التصويت: يعرض مشروع النظام وتقرير لجنة الأنظمة على مجلس الوزراء لمناقشته والتصويت عليه. ويجب أن يوافق المجلس على مشروع النظام بعد أخذ الرأي عليه مادة مادة، ثم يصوت على المشروع كاملا وذلك حسب الإجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي لمجلس الوزراء (مادة ٢١ من نظام مجلس الوزراء).

ويلاحظ أنه إذا رفض المجلس مشروعا بنظام فلا يجوز إعادة عرضه عليه إلا إذا دعت الضرورة لذلك (م ٢٢ من نظام مجلس الوزراء).

٣- تصديق جلالة الملك: يرفع مشروع النظام بعد موافقة مجلس الوزراء عليه إلى مقام جلالة الملك للموافقة عليه. ولجلالته حق الاعتراض على مشروع النظام، فإذا اعترض جلالته على مشروع نظام معين رده إلى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله إليه مشفوعا بالأسباب التي دعت إلى ذلك لإعادة بحثه (م ٣٣ من نظام مجلس الوزراء).

أما إذا لم يرد مشروع النظام من ديوان جلالة الملك إلى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله يتخذ رئيس المجلس ما يراه مناسبا ويحيط المجلس علما بذلك (م ٢٣).

٤ـ مرحلة الإصدار: الإصدار هو أمر من الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية للهيئات الأدنى درجة بتنفيذ النظام كل فيما يخصها، وتتم مرحلة الإصدار بمجرد التوقيع الملكي على المرسوم بإصدار النظام.

٥ـ مرحلة النشر والنفاذ: على أن التشريع لا يعتبر نافذا بمجرد الإصدار بل لابد من أن يمر بمرحلة النشر حتى يصبح نافذ المفعول. وتتولى السلطة التنفيذية نشر التشريع.

ويكون النشر في الجريدة الرسمية (أم القرى) وهي صحيفة تصدرها الحكومة لنشر التشريعات المختلفة ويلاحظ أنه لا يجوز النشر إلا في الجريدة الرسمية، فلا يغني عنه أي وسيلة آخر للإعلام كالنشر في الجرائد الأخرى أو بلصق إعلانات أو بالإعلان عن طريق الإذاعة وذلك بالرغم من أن الناس يعلمون في الواقع بصدور الأنظمة عن طريق الصحف والإذاعة.

ويكون التشريع نافذ المفعول من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا نص في النظام نفسه على مدة أخرى لسريانه (م ٢٤)، وقد يكون من الأوفق أن يكون الأصل سريان التشريع بعد فترة من صدوره (عشرة أيام مثلا) مع إمكان مد أو تقصير هذا الأجل في الحالات الخاصة التي تقتضي ذلك.

فالواقع أن الغاية من النشر هي إيصال القانون إلى علم الناس واعطاؤهم الفرصة لمعرفته حتى يمكن تطبيق أحكامه عليهم ومؤاخذتهم إن هم خالفوا أحكامه، وذلك لا يأتي إلا بعد نشر النظام.

قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالنظام

يصبح التشريع نافذا بالنسبة للجميع من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (م ٢٤). وبمجرد النشر تقوم قرينة قانونية قاطعة على علم الأفراد بالنظام، ولا يجوز في الأصل إثبات هذه القرينة، وهذا ما تقضي به قاعدة «عدم جواز الاعتذار بجهل النظام» فلا يقبل من شخص أن يدعي أنه كان مريضا عند صدور النظام أو أنه يجهل القراءة والكتابة أو أنه كان غائبا عن الوطن أو أن يدعي أجنبي وصل حديثا إلى السعودية أنه يجهل الأنظمة السعودية.

ولاشك أن تقرير قاعدة عدم الجهل بالنظام أمر تقتضيه طبيعة الأشياء فإذا لم يقر مبدأ الإعتذار بالجهل بالنظام لما أمكن تطبيق أي نظام.

على أن هذه القاعدةالعامة يرد عليها استثناء، وذلك في حالة لقوة القاهرة التي تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء الوطن كما في حالة الحروب والكوارث الطبيعية وذلك مثل ما حدث أثناء العدوان على مصر في سنة ١٩٥٦، إذ احتل جزء من صحراء سيناء بقوات العدو وانقطعت سبل الاتصال بهذا الجزء من الوطن فيجوز لسكان هذه المنطقة الاعتذار بالجهل بالقوانين التي صدرت خلال هذه الفترة التي انقطعت فيها سبل الاتصال بالوطن.

كما يلاحظ أن مجال تطبيق قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالنظام مقصور على الأنظمة المتعلقة بالنظام العام، أما غير ذلك من الأنظمة فهناك رأي بجواز الاعتذار بجهلها.

المراسيم والأوامر الملكية

المرسوم الملكي يصدر عن جلالة الملك، ويحمل توقيع جلالته وحده وذلك بعد موافقة مجلس الوزراء.

ولقد نصت المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء على أن تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات بمقتضى مرسوم ملكي. ويتضح من ذلك أن المرسوم الملكي قد يكون مرسوما بنظام معين، أي يتضمن إصدار نظام معين مثال ذلك المرسوم الملكي بنظام الشركات، وقد يكون المرسوم عاديا مثال ذلك المرسوم الملكي بالإذن للحكومة بعقد قرض أو بمنح امتياز فمن المستحيل ماديا أن يبلغ النظام لكل فرد في الدولة.

وتنشر جميع المراسيم الملكية في الجريدة الرسمية (أم القرى) وتكون نافذة من تاريخ نشرها مالم يرد بها نص خاص يقضي بسريانها بعد مدة معينة من تاريخ النشر.

أما الأمر الملكي فهو يصدر أيضا عن جلالة الملك ويحمل توقيع جلالته وحده، ويعبر عن إرادته وحدها.

ويتم تعيين الوزراء ووزراء الدولة ومستشاري جلالة الملك وغيرهم من كبار موظفي الدولة كرئيس هيئة الرقابة والتحقيق ورئيس ديوان الخدمة المدنية ورئيس الجامعة بأوامر ملكية (م١١ من نظام مجلس الوزراء).

وقد يصدر الأمر الملكي بناء على اقتراح جهة معينة كالأمر الملكي بتعيين وكلاء هيئة الرقابة والتحقيق، فإنه يصدر بناء على اقتراح رئيس هذه الهيئة.

المبحث الثاني
اللوائح
التشريع الفرعي

الأصل أن وظيفة السلطة التنفيذية هي تنفيذ القوانين، ولكن قد تقتضي الضرورات العملية منح السلطة التنفيذية سن بعض القواعد النظامية في حدود معينة. ويطلق على هذه القواعد النظامية التي تصدرها السلطة التنفيذية لفظ اللوائح.

وتنقسم اللوائح إلى عدة أنواع:

١- اللوائح التنفيذية
٢- اللوائح التنظيمية
٣- لوائح الضبط.

أولا: اللوائح التنفيذية:

لا يتضمن النظام عادة إلا تنظيم المسائل الرئيسية، أما المسائل الفرعية التفصيلية فلا يتسع وقت السلطة التنظيمية كما قد لا تتوافر لديها الخبرة الفنية والامكانيات اللازمة لتنظيم هذه المسائل الفرعية التي تظهر عند تنفيذ النظام. لذلك فإن حق إصدار اللوائح والقرارات التنفيذية للأنظمة من اختصاص مجلس الوزراء أو الوزراء كل فيما يخصه. ويحدد النظام عادة

من له حق إصدار اللوائح والقرارات التنفيذية، وعلى سبيل المثال تنص المادة ٢٠٩ من نظام العمل والعمال السعودي على أن «يصدر وزير العمل القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا النظام عدا ما نص على صدوره من قبل مرجع آخر». كما تنص المادة ١٧٧ من نفس النظام على أن «يصدر مجلس الوزراء لائحة بالمرافعات واجراءات التوفيق والمصالحة أمام اللجان الابتدائية واللجنة العليا».

ويلاحظ أن اللوائح والقرارات التنفيذية يجب أن تقف عند حد ما يلزم لتنفيذ النظام، فلا يجوز أن تتضمن اللائحة التنفيذية تعديلا للنظام أو تعطيلا أو إلغاء له إعفاء من تنفيذه.

ثانيا: اللوائح التنظيمية

وهي اللوائح التي تصدر بترتيب المصالح والمرافق العامة، ولا يشترط لصدورها أن تكون تنفيذا لقانون معين، بل يمكن أن تصدر استقلالا لتنظيم المرافق العامة وكفالة حسن سير العمل.

وقد نصت المادة ٢٥ من نظام مجلس الوزراء على اختصاص مجلس الوزراء بأحداث وترتيب المصالح العامة والوظائف، ويقصد بترتيب المصالح العامة معنى واسعا يتضمن الإنشاء والتعديل والإلغاء.

ثالثا: لوائح الضبط

هي مجموعة القواعد النظامية التي تضعها السلطة التنفيذية لحماية الأمن والنظام والسكينة والصحة العامة دون أن تكون تنفيذا لقانون معين مثل اللوائح الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة والخطرة والمضرة بالصحة والقرارات الخاصة بمراقبة الأغذية المتجولين.

ولوائح الضبط تتضمن بالضرورة الحد من حريات الأفراد مما يدخل أصلا في اختصاص السلطة التنفيذية وحدها، إلا أن الاعتبارات العملية تجعل من الأوفق ترك حق إصدار لوائح الضبط للسلطة التنفيذية خاصة وأنها ليست بذات خطر كبير على الأفراد كما أن العقوبات التي تتضمنها لا يجوز أن تجاوز عقوبة المخالفة.

المبحث الثالث
العرف

تعريف:

في اللغة يستخدم العرف في معنى الشيئ المألوف الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول.

وفي الاصطلاحات يطلق على عادة تعارف عليها جمهور الناس في قول أو فعل أو ترك ويفرق الفقهاء بين العرف والعادة على أساس أن العادة تكون ذات طبيعة فردية، بمعنى أنها ترجع إلى اعتياد شخص معين على قول

أو فعل أو ترك. في ظروف معينة، أما العرف فلابد أن يكون عادة جماعية، بمعنى أن تسير الجماعة كلها أو أغلبها على العادة، لا فرق بين علمائهم وعامتهم.

ويفترق العرف عن الإجماع، في أن الإجماع يعني اتفاق المجتهدين كلهم على حكم لمسألة معينة، أما العرف فيعني اتفاق الناس عموما على شيء معين.

قيمة العرف كمصدر للأحكام

روي الإمام أحمد بن حنبل في مسنده موفوعاً عن عبدالله بن مسعود أنه قال: «ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن».

كما يستدلون على أن العرف مصدر للأحكام بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد راعى الصحيح من عرف العرب، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج، واعتبر العصبة في الولاية والإرث. ولذا قال العلماء «العادة شريعة محكمة».

كما أن أبا حنيفة وأصحابه قد اختلفوا في استنباطهم للأحكام بناء على اختلاف الأعراف في المناطق التي وجدوا فيها. وغير الإمام الشافعي الكثير من أحكام مذهبه الذي قال به من قبل في بغداد، عندما ذهب إلى مصر، لاختلاف الأعراف فيها، لذا كان له قولان قديم وجديد.

الشروط الواجب توافرها في العرف للإعتداد به

١ـ الاضطراد: فيجب أن يتكرر العمل بالعرف، وأن يطرد في جميع المعاملات أو أن يغلب عليها على الأقل، فلو كانوا يتعاملون في بعض المسائل به، ولا يتعاملون به في البعض الآخر لا يعتبر عرفا.

٢ـ ألا يكون معطلا لنص أو مناقضا لأصل شرعي قطعي: فإذا كان العرف يتعارض مع نص شرعي كعادة الناس في التعامل بالربا أو بالاتجار في الخمر، فلا قيمة له، فالشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا لتخضع هي لأهوائهم وأعرافهم.

ـ ويلاحظ أن العزف هو قانون الجماعات منذ نشأتها قديما ويتكون كما قلنا من العادات التي درج عليها الأفراد باعتبار الخضوع لأحكام أمر لازما.

إلا أن العرف قد فقد أهميته كمصدر للقاعدة القانونية نظرا لاستيعاب الشعوب لمعظم أعرافها في شكل قوانين مكتوبة وهي المصدر الأساسي حاليا للقواعد القانونية، هذا إلى جانب إندثار كثير من الأعراف.

ومع ذلك فلا تزال هناك أهمية للعرف حيث يرجع إليه في الأبحاث الفقهية استقصاء لأصل القوانين كما أنه يساعد على نمو التطور التشريعي بصفة عامة.

وقد عرف العرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة

مع الاعتقاد بإلزامية واستحقاق من يخالفه للجزاء وللعرف ركنان:

ركن مادي يتمثل في أنه يجب أن يكون قديما كذلك يشترط الثبات والاطراد فإذا ثبت تخلي المجتمع عنه لم يكن عرفا بالمعنى المقصود كذلك العمومية بمعنى أن يتبعه أغلب أفراد المجتمع ولا يقصد بالعمومية ضرورة الإنطباق على كافة أجزاء الدولة، فقد يكون قاصرا على إقليم معين أو فئة معينة كذلك موافقة النظام العام والاداب فلا يعتبر الاعتياد على الثأر والربا أعرافا لأنها مخالفة لقواعد النظام العام.

أما الركن المعنوي: فيتمثل في الاعتقاد بإلزامية العرف وشعور الأفراد بضرورة احترام القاعدة العرفية بحيث يتعرض من يخالفها للجزاء فإذا اكتمل للقاعدة ركناها المادي والمعنوي أصبح العرف واجب الاتباع.

الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية

العادة هي اطراد الناس على أمر معين دون شعورهم بإلزامية ومن ثم فإنها تتفق مع العرف من حيث القدم والثبات والعمومية ولكنها تختلف عن العرف في عدم توافر عنصر الإلزام.

للتفرقة أهمية خاصة لأن أعمال العادة يتطلب انعقاد اتفاق الأطراف على تطبيقها صراحة أو ضمنا ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية ويترتب على ذلك:

١ـ أن العرف يعتبر قانونا ومن ثم يجب على المحكمة أن تطبق أحكامه مالم يكن هناك مخالف.

٢ـ اعتبار العرف قانونا يستلزم المام القاضي به دون حاجة لتكليف الخصم بإقامة الدليل عليه.

٣ـ لا مجال للعذر بجهل العرف لأنه قانون ولكن الجهل بالعادة يحول دون اعمالها.

قواعد بنيت على العرف

١ـ من ذلك بعض القواعد الكلية ونذكر منها: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، والاحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا، و«الحقيقة تترك بدلالة العادة».

٢ـ ويرى فريق من الفقهاء أن العرف يخصص بالنص إذا كان عاما، أي يستخدم كقاعدة من قواعد التفسير. من ذلك ما تقرر في مسألة تعدد أصناف النوع الواحد من النقود إذا كان أحدها اثقل من الآخر، فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له مادامت القيمة واحدة، فهذا التفاوت في الوزن لا يلتفت إليه مادام لا تأثير له على القيمة، عملا بما يسير عليه العرف، ويعد ذلك تخصيصا لنص حديث ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم بضرورة التساوي في الوزن.

٣ـ ويرجع للعرف في تحديد العديد من المسائل الشرعية ومنها:

أ ـ طريقة الوزن أو الكيل أو العد أو المقياس، وما يستخدم فيه الوزن وما يستخدم فيه الكيل، وهكذا.

ب ـ إذا لم يحدد مهر الزوجة في العقد يرجع الي مهر المثل، ،مالم يقسم إلى مؤجل ومعجل، يرجع في تحديد مقدار كل منهما إلى العرف.

جـ ـ يحدد العرف ما يعد عيبا يبرر فسخ عقد البيع.

د ـ كل ما كان من توابع العمل في عقد الإيجارة، ولم يشترط على الأجير في العقد، يرجع فيه إلى العرف.

الباب الثالث
تطبيق القواعد التشريعية

تقوم السلطة القضائية بتطبيق القواعد التشريعية على المنازعات التي تعرض أمامها ويقتضي هذا التطبيق أن نحدد نطاق تطبيق هذه القواعد من حيث الأشخاص والمكان والزمان.

وعلى ذلك فسوف ندرس في هذا الباب:

أولا: السلطة القضائية

ثانيا: تطبيق القواعد التشريعية من حيث المكان والأشخاص

ثالثا: تطبيق القواعد التشريعية من حيث الزمان.

المبحث الأول
السلطة القضائية

تقوم السلطة القضائية بتطبيق القواعد التشريعية على المنازعات التي تطرح أمامها.

وتتألف السلطة القضائية من أنواع متعددة من المحاكم، ويمكن تقسيم المحاكم في المملكة العربية السعودية إلى قسمين رئيسيين:

١- محاكم القضاء الشرعي

٢- محاكم القضاء المتخصص.

ولكن قبل أن ندرس أنواع المحاكم المختلفة يحسن بنا أن نلقي نظرة على نظام القضاء في الإسلام.

أولا: نظام القضاء في الإسلام

لما جاء الإسلام تولى رسول الله صلى الله عليه وسلم الفصل في الخصومات ولما انتشرت الدعوة الإسلامية أذن الرسول لبعض الصحابة بالقضاء بين الناس بالكتاب والسنة والاجتهاد.

وعندما ولي أبوبكر الخلافة أسند القضاء إلى عمر بن الخطاب. وعندما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية عين الخلفاء القضاة في مختلف الأقطار الإسلامية.

دستور القضاء في الإسلام

وقد سن عمر بن الخطاب دستورا للقضاء يضارع أحدث المبادئ القانونية المعاصرة مهتديا في ذلك بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ونذكر على سبيل المثال عددا من المبادئ التي وردت في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه للقضاة:

١ـ مبدأ المساواة بين الخصوم في المجلس حتى في خلجات الوجه وعدم القلق أو الضجر بهم: «وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك (الظلم أو الجور) ولا ييأس ضعيف من عدلك».

٢ـ مبدأ: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

٣ـ مبدأ عدم الزام أي حكم يصدر من أي محكمة ـ مهما علت درجتها ـ لغيرها من المحاكم، بل أن الحكم الصادر عن محكمة ما لا يلزم نفس المحكمة في أي قضية أخرى. «فلا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت اليوم فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل». ويخلص من ذلك أن الإسلام لا يلزم القاضي بالسوابق القضائية.

٤ـ عدم قبول شهادة المجلود في حد، أو من سبق له شهادة الزور، أو من له صلة قرابة أو ولاء بالخصوم.

مركز القاضي في الإسلام

الشروط الواجب توافرها في القاضي:

ولقد كان معيار اختيار القضاة في عهد الخلفاء الراشدين هوغزارة العلم والتقوى والورع والعدل، وحدد عمر بن عبدالعزيز صفات رجل القضاء بقوله: «إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل: علم بما كان قبله، ونزاهة عن الطمع، وحلم عن الخصم، واقتداء بالأئمة، ومشاركة أهل العلم والرأي».

وكان القضاة مستقلين في قضائهم ويفصلون في الخصومات طبقا لكتاب الله وسنة رسوله، والاجتهاد في حالة عدم وجود نص في الكتاب أو الاجماع، وذلك حتى نهاية العصر الأموي، ولكن روح الاجتهاد في الأحكام

ضعفت في العصر العباسي، وأصبح القاضي ملزما بالحكم وفقا لأحد المذاهب الأربعة، كما تأثر القضاء بالسياسة حتى أن بعض الائمة والفقهاء امتنع عن تولي القضاء خوفا من أن يحملهم الخلفاء على الافتاء بما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وضمائرهم.

قضاء المظالم في الإسلام

عرف المسلمون نوعا من القضاء يسمى قضاء المظالم، ويهدف قضاء المظالم إلى وقف تعدي الولاة وذوي الحسب والجاه على الأفراد، ولذلك كان الخلفاء يقومون بأنفسهم برئاسة جلسات قضاء المظالم أو يعهدون بذلك إلى رجل جليل القدر عظيم الهيبة كثير الورع، ويعقد قاضي المظالم جلساته وقد أحاط نفسه بخمس جماعات: الحماة والأعوان، والحكام والفقهاء والكتاب والشهود.

اختصاصات قاضي المظالم

واختص قاضي المظالم بالنظر في كثير من المسائل، نذكر منها:

أ ـ النظر في القضايا التي يقيمها الأفراد والجماعات على الولاة إذا انحرفوا عن طريق العدل والإنصاف، وعلى عمال الخراج إذا اشتطوا في جمع الضرائب، وكتاب الدواوين إذا حادوا عن اثبات أموال المسلمين بنقص أو زيادة.

ب ـ النظر في تظلم المرتزقة إذا نقصت أرزاقهم أو تأخر ميعاد دفعها.

جـ ـ تنفيذ ما عجز القاضي العادي والمحتسب عن تنفيذه من الأحكام.

د ـ مراقبة إقامة العبادات.

ويتمتع قاضي المظالم بسلطات أوسع من سلطات القاضي العادي، نظرا لطبيعة الخصومات التي يفصل فيها، وحتى يخشاه أصحاب الجاه والنفوذ ويخضعون لأحكامه.

ومما هو جدير بالذكر أن قضاء المظالم يشبه إلى حد بعيد نظام مجلس الدولة في الوقت الحاضر. إلا أن قاضي المظالم أوسع اختصاصا من مجلس الدولة.

قضاء الحسبة

يختص المحتسب بالنظر في مراعاة أحكام الشرع، ويشرف على نظام الأسواق ويحول دون بروز الحوانيت حتى لا يعوق ذلك نظام المرور، يكشف على الموازين والمكاييل، ويمنع التعدي على حدود الجيران، ويقضي بهدم المباني الآيلة للسقوط، ويحكم في الدعاوي المتعلقة بالغش والتدليس يحمل المماطلين على أداء ما عليهم من الديون.

وفي عهد الفاطميين كان للمحتسب نواب يطوفون في الأسواق للتفتيش على المأكولات والإشراف على تغطية القرب وعدم الخروج على الآداب العامة، واتسعت سلطته حتى ألزم رجال الشرطة بتنفيذ أحكامه.

ويمكن القول أن نطاق قضاء الحسبة هو: حفظ الأمن، والسكينة، الصحة العامة، وهو نفس ما نسميه اليوم «النظام العام»، كما أن هذا القضاء كان يتصف بالاستعجال والتنفيذ الفوري.

ولقد ظل نظام الحسبة قائما في المغرب والأندلس طوال العصور الوسطى، كما أقره ملوك الأسبان عند استردادهم للأندلس، وأصبحوا يطلقون عليه Almotacen كما أن هذا النظام مايزال قائما في المدن المغربية حتى اليوم.

ثانيا النظام القضائي في المملكة

مقدمة

تتماثل معظم الدول في كيفية تكوين السلطة القضائية كما تتماثل في الطريقة التي تؤدي بها السلطة القضائية وظيفتها وتنحصر الأنظمة القضائية في نوعين:

نظام القضاء الموحد ـ ومعناه انتظام جميع المحاكم في جهاز قضائي واحد يشرف على تطبيق القانون وذلك عن طريق دوائر تختص بحسم نوع معين في المنازعات كالدائرة المدنية والتجارية والجنائية.

ونظام القضاء المزدوج ـ ويعني ذلك وجود أكثر من جهة قضائية في الدولة الواحدة واختصاص كل هيئة منها بنوع معين من القضايا كما في الدول اللاتينية فيوجد إلى جانب القضاء العادي ما يعرف بالقضاء الإداري الذي يختص بالمنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، فيوجد إلى جانب المحاكم الإدارية المحاكم العادية وهو ما يطلق عليها المحاكم المدنية وتنقسم المحاكم العادية في النظامين إلى محاكم أول درجة ومحاكم ثاني درجة وتختص أولاهما بالفصل في المنازعات فصلا ابتدائيا وفق اختصاص قيمي ونوعي وإقليمي تحدده كل دولة وفق قانون مرافعاتها.

ومن حيث الاختصاص القيمي ـ فقد قسمت محاكم أول درجة إلى محاكم جزئية من الدرجة الأولى والثانية وتقسم بينهما المنازعات وفقا لقيمها المالية ويتعين على المحاكم مراعاة ذلك الاختصاص القيمي وإلا كان قضاؤها معيبا لمجاوزته النصاب المحدد قانونا.

ومن حيث الاختصاص النوعي ـ فاختصت محاكم أو دوائر منها باختصاص جنائي وأخرى باختصاص مالي وأحوال شخصية وتجاري كالدوائر المدنية ودوائر الأحوال الشخصية والدوائر التجارية.

ومن حيث الاختصاص الإقليمي ـ فلكل إقليم في الدولة محاكم الجزئية ويتحدد الاختصاص الإقليمي بقواعد معينة تختلف باختلاف طبيعة النزاع فمن حيث المنازعات المتعلقة بالعقارات فإن الاختصاص للمحاكم التي يقع في دائرتها ذلك العقار مع مراعاة الاختصاص القيمي لكل منها. أما إذا كان النزاع متعلقا بديون مالية فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقيم في دائرتها المدعي عليه أو للمحكمة التي ينشأ في دائرتها الالتزام.

أ ـ مبادئ النظام القضائي في المملكة

١ـ مبدأ استقلال القاضي: وقد نص النظام على ذلك صراحة «أن القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية».

وفضلا عن أن هذا المبدأ من المبادئ الدستورية المقررة في كافة الدول، فإننا نجد نصوصا أخرى في أنظمة المملكة تدعمه من ذلك ما جاء بنظام الأمراء وبنظام المقاطعات من حظر التدخل في أعمال القضاء، كذلك وجدنا

نظام محاكمة الوزراء يعتبر التدخل في شؤون القضاء جريمة يعاقب عليها بالسجن.

٢ـ مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل: وهذا المبدأ يؤكد مبدأ الاستقلال، إذ لا قيمة للاستقلال، إذا كان يمكن للسلطة أن تعزل القاضي. ولعل هذا المبدأ يعد إضافة جديدة تدعم صرح النظام القضائي المستنير في المملكة.

٣ـ رفع سن المعاش للقاضي إلى السبعين عاما، خلاف موظفي الدولة الآخرين، الذين يحالون إلى التقاعد ببلوغ الستين عاما ويحقق هذا المبدأ الاستفادة من خبرات القضاة إلى أطول فترة ممكنة. كما انه أيضا من وسائل تدعيم القاضي وتقويته، إذ كلما أحس بطول مدته في القضاء وبتكريم الدولة له، كلما عمل على إجادة عمله، والتفاني فيه.

ب ـ تنظيم المحاكم

وقد عدل النظام الذي صدر أخيرا تنظيم المحاكم على نحو يسهل اجراءات التقاضي، ويتماشى مع مبادئ التخصص ويمنع الازدواج الذي كان يحدث أحيانا في ظل النظام السابق وهكذا أصبحت المحاكم في المملكة هي:

١ـ مجلس القضاء الأعلى: وهو أعلى هيئة قضائية بالمملكة، يتكون من أحد عشر عضوا وله اختصاصات قضائية وإدارية واستشارية فهو يختص قضائيا بمراجعة الأحكام الصادرة بالقتل أو القطع أو الرجم كما يختص إداريا بالإشراف على الجهاز الإداري، كما يختص استشاريا عن طريق ابداء الرأي في المسائل المتعلقة بالقضاء لولي الأمر.

٢ـ محكمة التميز: وكانت موجودة في النظام السابق باسم هيئة التمييز، وتختص بتدقيق الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية ويخضع للتمييز الأحكام الصادرة في الجنح والحدود والتعزيرات والقطع والرجم والقتل وكذلك الأحكام التي تصدر على بيت المال والأوصياء ونظار الوقف وقضايا العقار مهما كانت قيمته.

٣ـ المحاكم العامة: ويتم تشكيلها من قاضي أو أكثر وتصدر أحكامها من قاض فرد عدا قضايا القتل والقطع والرجم حيث يتعين صدورها من ثلاثة قضاة.

٤ـ المحاكم الجزئية: ويتم تشكيلها من قاض أو أكثر وتصدر أحكامها من قاض فرد ويتم تشكلها وتعين مقارها وتحديد اختصاصها بقرار من وزير العدل بناء على اقتراح مجلس القضاء الأعلى.

ثالثاً : أهم محاكم القضاء المتخصص

١ - ديوان المظالم -القضاء الاداري

ان المملكة العربية السعودية دولة المشروعية التزمت بذلك المبدأ وعملت من خلاله ، فجاء اهتمامها برقابة اعمال الادارة ، والفصل في المنازعات ورفع المظالم واضحاً .

وقد تولى ديوان المظالم هذه المهام منذ تأسيس المملكه على يد المغفور له الملك عبد العزيز آل سعود .

وان تخصيص قضاه لنظر المظالم ليس فكره مستوحاه من النظم الاوربيه بل عرف نظام الحكم في الاسلام تنظيماً اطلق عليه ولاية المظالم .

اختصاصات ديوان المظالم في ظل النظام الحالي

واكب تقدم ورقي الحضاره في المملكة تطور ديوان المظالم واتساع اختصاصاته وتنوعها ، ومن ثم فان نظام ديوان المظالم المتوج بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ قد خول الديوان عدة اختصاصات متعدده وشامله ، ومن واقع كون الديوان هيئة قضاء اداري ، وبالتالي فهو الجهه المعنيه التي تختص بالفصل في المنازعات الاداريه بولاية عامه .

وايضا لكون الديوان في وضعه السابق على اصدار هذا النظام كان مكلفا باختصاصات ومهام اخرى خارجه عن نطاق المنازعات الاداريه فقد احتفظ النظام الجديد للديوان بتلك الصلاحيات على ان يستمر التكليف بها مؤقتا.

وفيما يلي نورد اختصاصات الديوان المعمول بها الان وفق النظام الحالي:

فلقد صدر النظام الجديد لديوان المظالم بتاريخ ١٤٠٢/٦/٢٥هـ المبني على قرار مجلس الوزراء رقم ٩٥ لعام ١٤٠٢هـ بالموافقة على مشروع النظام ، والمتوج بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ بتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ باصدار نظام ديوان المظالم وقد نشر في الجريده الرسميه

وباستعراض نظام ديوام المظالم فانه يضطلع بالاختصاصات والمهام التالية:

اولاً : اختصاصات تدخل في نطاق القضاء الاداري وهي تشمل :

أ - الدعاوى المتعلقه بحقوق الموظفين والمتعاقدين المقرره نظاماً .

ب - الدعاوى المقدمه من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الادارية .

جـ - دعاوى التعويض الموجهه ضد الحكومه والاشخاص العامه .

د - الدعاوى المتعلقه بعقود الاداره .

هـ - الدعاوى التأديبيه .

ثانياً : اختصاصات تدخل في نطاق القضاء الجزائي - الجنائي - وهي تشمل :

- الدعاوى الجزائيه الموجهه ضد المتهم بارتكاب جرائم التزوير .
- الدعاوى الجزائيه الموجهه ضد المتهمين بارتكاب جرائم الرشوه .
- الجرائم المتعلقه بالاموال العامه واختلاساتها .
- دعاوى انتحال صفه رجل السلطه العامه .

ثالثاً : اختصاصات ومهام اخرى متفرقه تضمنتها الانظمه المختلفه منها:

- تنفيذ الاحكام من الدول العربيه .
- دعاوى مقاطعه اسرائيل .

تلك الاختصاصات والمهام مدرجة في اطار الافرع التاليه :-

آولاً : الاختصاصات التي تدخل في مجال القضاء الاداري .

ثانياً : الاختصاصات التي تدخل في مجال القضاء الجزائي .

ثالثاً : الاختصاصات الاخرى للديوان .

كـ لجان العمل وتسوية الخلافات :

نص نظام العمل والعمال على تشكيل لجان إبتدائية ولجان عليا للفصل في منازعات العمل (المواد ١٧٢ـ ١٨٨ من نظام العمل والعمال المتوج بالمرسوم الملكي رقم ٢١ بتاريخ ١٣٨٩/٩/٦هـ ونشر في الجريدة الرسمية برقم ٢٢٩٩ بتاريخ ١٣٨٩/٩/١٩هـ).

تشكيل اللجان الابتدائية واختصاصها :

تشكل اللجان الإبتدائية بقرار من مجلس الوزراء في كل مكتب من مكاتب العمل الرئيسية أو الفرعية، وتشكل كل لجنة من ثلاثة أعضاء من أصحاب الخبرة في القضايا الحقيقية، وذلك بناء على ترشيح وزير العمل. كما يجب أن يكون الرئيس من حملة الاجازة في الشريعة، وأن يكون واحد على الأقل من العضوين الآخرين من حملة الاجازة في الشريعة أو الحقوق.

وتفصل لجان العمل الابتدائية نهائياً في المنازعات التي لا تتجاوز قيمتها لثلاثة آلاف ريال والمنازعات المتعلقة بتوقيع الغرامات أو بطلب الاعفاء منها أو وقف تنفيذ قرارات فصل العمال.

وتفصل لجان العمل ابتدائياً وفي النزاع المعروض عليها يكون حكمها قابلاً للطعن فيه أمام اللجنة العليا في المنازعات التالية :

- المنازعات التي تتجاوز قيمتها الثلاثة آلاف ريال.
- التعويض عن اصابات العمل أياً كان نوعها.
- الفصل عن العمل.

تشكيل اللجنة العليا واختصاصاتها :

تشكل اللجنة العليا لتسوية خلافات العمل من خمسة أعضاء، ثلاثة منهم يمثلون وزارة العمل والشئون الاجتماعية والرابع عن وزارة التجارة والصناعة والخامس عن وزارة البترول والثروة المعدنية. ويجب أن يكون الرئيس والأعضاء من المتصفين بالحيدة والخبرة في الشئون الحقوقية (م ١٧٥).

وتختص اللجنة العليا بالفصل نهائياً في جميع الخلافات التي ترفع للإستئناف أمامها، كما تختص بفرض العقوبات على المخالفين لأحكام نظام العمل (م ١٧٦) ويجب أن يتم الاستئناف خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ قرار اللجنة الابتدائية، وعلى اللجان العليا أن تفصل في الاستئناف على وجه السرعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ أول جلسة.

ويلاحظ أن يجوز للطرفين الالتجاء الى التحكيم ويكون حكم المحكمين قابلاً للإستئناف أمام اللجنة العليا إلا إذا نص صراحة في صك التحكيم على أن حكم المحكمين قطعياً غير قابل للاستئناف.

٣ـ هيئات حسم المنازعات التجارية :

تختص هيئات حسم المنازعات التجارية بالفصل في المنازعات التجارية وتوجد هذه الهيئات في كل من : الرياض. وجده، والدمام (قرار وزير

التجارة والصناعة رقم ٤٣٥ بتاريخ ١٣٨٧/٦/١هـ). هذا وقد نقلت صلاحيات واختصاصات هذه الهيئة الى ديوان المظالم ولم يعد لهيئة حسم المنازعات أي وجود من بعد تاريخ ١٤١٣/١/١هـ .

لجان التموين القضائية :

نظراً لأرتفاع أسعار المواد الغذائية في العالم، ولكون المملكة من الدول المستوردة لهذه المواد، فقد كان طبيعياً أن تكثر المخالفات المتعلقة بهذه المواد، لذلك أصدر معالي وزير التجارة والصناعة قراراً (١) بتشكيل لجان التموين القضائية في مناطق المملكة المختلفة، وأعطاها الاختصاص بالنظر في المخالفات التموينية التي تقع في دائرة اختصاصها، وقد نظم القرار الاجراءات التي تتبع أمام اللجنة، وتكفل في جملتها تحقيق العدالة من ناحية، وشرعة البت في المخالفة من ناحية أخري.

ومن أهم المبادي التي أوردها قرار الوزير ما يلي :

١ـ عدم جواز الحكم بوقف تنفيذ العقوبة.

٢ـ مبدأ التضامن في المسئولية عن تنفيذ الاحكام من قبل صاحب المحل أو المؤسسة ومدير الشركة أو رئيس مجلس ادارتها والمستخدمين فيها.

٣ـ جواز التظلم من الحكم خلال عشرة أيام من تاريخ اعلان المحكوم عليه بصورة منه، ويقدم التظلم لوزير التجارة والصناعة.

٤ـ تنقضي الدعوي العمومية عن المخالفات التموينية بمضي أثني عشر

شهراً من تاريخ وقوعها، وتنقطع بأي إجراء من اجراءات التحقيق أو المحاكمة بالنسبة لأي من المخالفين، وتسقط العقوبة بمضي ثلاث سنوات من تاريخ تصديق الوزير دون تنفيذها.

الفصل الثاني
تطبيق القواعد التشريعية
من حيث المكان والاشخاص

على من تطبق القواعد التشريعية في المملكة على رعايا الدولة فقط دون الأجانب، أم يطبق النظام على كل المقيمن على أرض الدولة أي على رعايا الدولة والأجانب على السواء ؟ وهل يسري النظام على إقليم الدولة فقط، أم يمكن أن يتعدي سريان النظام الى خارج إقليم الدولة؟

القاعدة العامة في هذا الشأن هو مبدأ إقليمية القوانين أو الأنظمة. على أنه في بعض الحالات يطبق النظام تطبيقاً شخصياً.

أولا : مبدأ إقليمية القوانين :

الأصل أن قوانين و أنظمة الدولة تسري على كل من يوجد على إقليم الدولة ولا يتعدي تطبيق الأنظمة حدود اقليم الدولة. فأنظمة الدولة تسري على كل المقيمين على أراضيها، سواء أكانوا مواطنين أو أجانب. ولا تطبق الأنظمة الوطنية خارج حدود البلاد، وبالتالي لا تسري على المواطنين الموجودين في الخارج، وهذه هي قاعدة اقليمية القوانين أو الأنظمة.

وأساس مبدأ اقليمية القوانين هو فكرة سيادة الدولة على أرضها. ولقد كان هذا المبدأ مطبقاً بصفة مطلقة في الماضي بسبب تشدد الدول في الأخذ

بفكرة سيادة الدولة. وهذا يؤدي بالتالي إلى تمسكها بتطبيق قانونها على كل شخص يقيم على إقليمها، ولكن ازدهار التجارة الدولية وسهولة الاتصال بين الشعوب أدي إلى نزوح الأفراد للأقامة في دول غير دولهم، مما دعي إلى إعادة التفكير في قاعدة إقليمية القوانين وإلى التخفيف من وطأتها بالنسبة للأجانب وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لأن قوانين الأحوال الشخصية تتعلق بشخص الانسان وعلاقته بأفراد أسرته، ويراعي عادة في وضعها الحالة الاجتماعية للأفراد وتقاليد من تسري عليهم.

فإذا طبقنا قاعدة إقليمية القوانين في نطاق الأحوال الشخصية يحتم ذلك أن تطبق على الأجانب قوانين لم توضع لهم ولم تراع فيها ظروفهم وتقاليدهم ودينهم.

ولقد أدركت الدول ضرورة التساهل في بعض الحالات في تطبيق قاعدة إقليمية القوانين، ولذلك ظهر مبدأ آخر إلى جانب مبدأ إقليمية القوانين، هو مبدأ شخصية القوانين.

ثانيا- مبدأ شخصية القوانين :

يعني مبدأ شخصية القوانين أو الأنظمة أن القانون يطبق على رعايا الدولة التي تصدره، ويطبق عليهم أينما كانوا سواء داخل بلادهم أم في خارجها، ولا يمتد تطبيق القانون إلى الأجانب حتى ولو كانوا يقيمون داخل حدود الدولة.

وتطبق الأنظمة تطبيقاً شخصياً في نطاق الأحوال الشخصية فقط مثال ذلك الأنظمة المتعلقة بالزواج والطلاق في المملكة العربية السعودية، فهي تطبق على رعايا السعوديين سواء أكانوا داخل المملكة أو خارجها ولكنها لا تطبق على الأجانب المقيمين في المملكة، إلا إذا طلبوا ذلك أو أرتضوا التقاضي بشأنه أمام محاكم المملكة.

ثالثاً ـ نطاق تطبيق مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين :

ما زالت القاعدة العامة هي مبدأ إقليمية القوانين، أما قاعدة شخصية القوانين فهي : الاستثناء، ولا سيما في مسائل الأحوال الشخصية.

وفيما يلي أهم تطبيقات هذين المبدأين :

ا ـ الانظمة التي تتعلق بالنظام العام :

تطبيق الأنظمة التي تتعلق بالنظام العام تطبيقاً إقليمياً، مثال ذلك القوانين الجنائية والمالية والادارية، وقوانين الأمن والشرطة.

ولكن يستثني عادة من الخضوع لأحكام النظام: رؤساء الدول الأجنبية وأفراد القوات الأجنبية إذا رخصت لهم الدولة بالاقامة في أراضيها، وكذلك كافة أفرادا هيئات السلك الدبلوماسي الأجنبي في الدولة.

كما يلاحظ أن القانون الجنائي يطبق على الجرائم التي تتعلق بأمن الدولة

(الجنايات المخلة بأمن الحكومة وجنايات تزوير أو تزييف العملة أو ترويجها .. الخ) حتى ولو وقعت هذه الجرائم خارج الدولة.

٢ـ العقارات :

تطبق القوانين المتعلقة بالعقارات تطبقاً إقليمياً.

٣ـ الاحوال الشخصية :

تطبق الأنظمة المتعلقة بالأحوال الشخصية تطبيقاً شخصياً.

المبحث الثالث
تطبيق النظام من حيث الزمان

أن النظام لا يسري إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية حتى يعلم الناس بمضمون القاعدة النظامية التي ستطبق وكذلك. والنظام لا يسري على الوقائع السابقة علي نفاده. وهذا مبدأ عدم رجعية القوانين (الانظمة).

فإذا صدر نظام جديد يشترط مثلاً أن تصاغ عقود البيع في صيغة رسمية، فإن هذا النص لا يطبق على البيوع التي تمت قبل صدوره، ولكن يسري النظام الجديد على عقود البيع التي تبرم بعد صدوره.

ولكن كثيراً ما يحدث تتداخل بين القانون القديم والقانون الجديد على

حكم علاقة معينة: ويقع ذلك في الأحوال التي تحتاج فيها العلاقة القانونية إلى فترة طويلة لنشوئها أو لتنفيذ آثارها. فقد يحدث في هذه الفترة ـ أي بعد ابتداء قيام عناصر العلاقة القانونية وقبل أن تستكملها ـ أن يصدر نظام جديد «ففي هذه الحالة هل نطبق النظام الجديد أم النظام القديم فمثلاً لاكتساب الملكية بالتقادم يشترط أن يضع الشخص يده على العقار مدة خمسة عشر عاماً، فإذا بدأ شخص التقادم، ثم بعد مضي عشر سنوات من الحيازة صدر نظام جديد يطيل مدة التقادم إلى عشرين فهل نطبق النظام الجديد على هذه العلاقة القانونية؟

من الواضح أننا لو طبقنا أحكام النظام القديم على هذه العلاقة القانونية التي بديء في تكوينها، فإن هذا الشخص يكتسب الملكية بعد خمس سنوات أخري من الحيازة، ولو طبقنا النظام الجديد على هذه العلاقة بدلاً من خمس سنوات، ولا شك أن هذا الشخص من صالحه أن نطبق عليه النظام القديم.

وقد تقوم العلاقة القانونية في ظل النظام القديم، ولكنها تنتج آثارها في ظل النظام الجديد، مثال ذلك عقود الإيجار أو التوريد التي تعقد في ظل النظام القديم، ثم يصدر نظام جديد للإيجارات أو يخضع بعض السلع للتسعير الجبري ، وعندئذ يثور التساؤل حول مدي خضوع هذه العقود التي أبرمت في ظل النظام لأحكام النظام الجديد.

ومن صور تنازع القوانين ايضاً أن القانون المدني المصري القديم كان يحدد

سن الرشد بثمانية عشر عاماً، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى واحد وعشرين عاماً، فما حكم الشخص الذي قد بلغ عشرين عاماً مثلا عند نفاذ القانون الجديد؟

لو طبقنا عليه القانون القديم لأعتبرنا رشيداً، ولو طبقنا عليه القانون الجديد اعتبر قاصراً وتفرض عليه الوصاية من جديد، ثم ما حكم التصرفات التي كان قد أبرمها قبل صدور القانون الجديد ؟ هل تعتبر باطلة على أساس صدورها من قاصر أم صحيحة على أساس أنها صدرت من شخص رشيد ؟

الواقع أن التنازع بين النظام الجديد والنظام القديم وتحديد نطاق تطبيق كل منهما يثير مشكلة في غاية التعقيد، وذلك في الحالات التي لا يتضمن فيها النظام الجديد احكاما إنتقالية تحدد مجال تطبيق كل من النظامين : الجديد والقديم.

ولكن إذا لم يتضمن النظام الجديد أحكاماً انتقالية، فإن النزاع بين النظام القديم والنظام الجديد يحكمه مبدآن :

المبدأ الأول : مبدأ عدم رجعية الأنظمة.

المبدأ الثاني : الأثر الفوري أو المباشر للنظام.

أولا - مبدأ عدم رجعية الانظمة

يبدأ سريان النظام من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أو بعد انقضاء المدة التي يحددها النظام، وذلك حتى يتحقق علم الناس بالقانون.

فالقاعدة أن النظام لا يسري على الوقائع أو المراكز القانونية التي تمت قبل نفاذه، سواء أكانت هذه الوقائع تتعلق بشروط تكوين المركز القانوني أم تتعلق بآثاره، ولأن النظام يسري بالنسبة لشروط وآثار المركز القانوني التي تتحق بعد نفاذه.

ومبدأ عدم رجعية الأنظمة أو عدم سريان النظام على الماضي مبدأ تقتضيه العدالة والمصلحة العامة.

فمن العدل ألا نطالب الناس باحترام نظام لم يصدر بعد ولم ينفذ مضمونه، وليس من العدل أن يعاقب الناس على فعل كان مباح لهم ثم جرم وفقا لنظام لاحق، كما أن المصلحة العامة تقضي بالمحافظة على ثقة الناس في النظام القانوني وأطمئنانهم الى المراكز القانونية التي يكتسبونها وفقاً للقانون، ولا شك أن سريان النظام على الماضي من شأنه أن يؤدي الى إنعدام الثقة في النظام وإلى شيوع الاضطراب وعدم الاستقرار في المراكز القانونية التي يكتسبها الأفراد وفقاً للأنظمة القائمة.

استثناءات عدم رجعية الانظمة :

١- النص الصريح على سريان النظام على الماضي : قد تقضي المصلحة

العامة في حالات استثنائية سريان النظام بأثر رجعي على الوقائع التي تمت في الماضي، ويشترط في هذه الحالة أن يتضمن النظام نصاً صريحاً على الرجعية.

ولكن يراعي أنه لا يجوز النص على رجعية الأنظمة الجنائية، الأشد قوة، فالمبادي العامة للنظام تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نظام، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور النظام الذي ينص عليها. وذلك يتفق مع عدالة الشريعة الإسلامية «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً »(سورة الاسراء).

٢ـ القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : ويلاحظ أن عدم جواز النص على رجعية الأنظمة الجنائية قاصر على الأنظمة الجنائية الأشد قوة بالنسبة للمتهم، أي الأنظمة التي تنشيء جريمة جديدة أو تزيد في عقوبة جريمة قائمة.

أما الأنظمة الجنائية الأصلح للمتهم فهي تسري تلقائياً مع الماضي حتى ولو لم تتضمن نصاً يقضي بذلك.

فالمقصود بمبدأ عدم رجعية الأنظمة الجنائية هو عدم التشديد على المتهم ولكن لا يحول ذلك دون التخفيف عليه، إذ العدالة والمصلحة تقضيان عدم العقاب على فعل كان يعتبر جريمة في الماضي إذا كانت الجماعة تراه الآن ـ مباحاً أو تري أن العقوبة التي تضمنها النظام القديم قاسية لا تتناسب مع الفعل المرتكب.

وتكون الأنظمة الجنائية أصلح للمتهم في حالتين :

١ـ قد يبيح النظام الجديد فعلاً كان يعتبر جريمة في ظل النظام القديم وفي هذه الحالة يطبق النظام الجديد في كل الظروف حتى وإن كان قد صدر حكم نهائي ضد المتهم ونفذت عليه العقوبة كلها أو بعضها، فيوقف تنفيذ العقوبة وتنهي آثارها الحكم الجنائية.

٢ـ قد يخفف النظام الجديد من عقوبة قائمة دون أن يبيح الفعل، كما لو خفض النظام الجديد عقوبة احدي الجرائم فجعلها مدة لا تتجاوز سنة بدلاً من مدة لا تتجاوز سنتين، في هذه الحالة يشترط لتطبيق النظام الجديد ألا يكون قد صدر حكم نهائي على المتهم، فإذا كان قد صدر عليه حكم نهائي لا سبيل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن فإن النظام الجديد لا يسري عليه.

٣ـ القوانين المتعلقة بالنظام العام فتستثني من قاعدة عدم الرجعية لأنها تتعلق بالنظام العام اكثر من تعلقها بالمصالح الفردية كتحديد سن الرشد فينسحب على التصرفات والوقائع السابقة على ميلاد القاعدة القانونية.

ثانياـ الآثر الفوري أو المباشر للنظام

إذا كان النظام لا يسري على الوقائع التي تمت قبل نفاذه، فإنه يسري بأثر فوري على كل واقعة تقع بعد نفاذه حتى وإن كانت هذه الواقعة نتيجة لمركز قانوني وجد قبل نفاذ النظام الجديد واستمر إلى ما بعد نفاذه، فإذا كان نظام الموظفين القديم يحدد شروط الترقية والعلاوات والاجازات، ثم

صدر نظام جديد يعدل هذه الشروط بأن جعل المدة اللازمة للترقية أربع سنوات بدلاً من ثلاث. أو عدل في فئة العلاوات أو مدد الأجازات المستحقة للموظفين، فإن هذا النظام الجديد لا يسري على الترقيات أو العلاوات أو الاجازات التي منحت قبل صدوره، ولكنه يسري على كل واقعة جديدة (منح ترقية أو علاوة أو آجازة) تقع بعد صدوره حتى بالنسبة لمن التحقوا بالخدمة قبل صدور هذا النظام الجديد.

ولكن تطبيق قاعدة الأثر الفوري لنظام بصفة مطلقة يؤدي في بعض الحالات إلى الأضرار بمصالح الأفراد، دون أن يقتضي صالح الجماعة ذلك ويتضح ذلك على الأخص في الروابط التعاقدية.

فالأفراد حين يبرموا التصرفات القانونية يرتبون شئونهم على أساس هذه التصرفات. فإذا صدر نظام جديد يهدم آثار هذه التصرفات بالنسبة للمستقبل فإنه يفوت على الناس ترتيباتهم، مما يتنافي مع استقرار التعامل. وقد يقبل هذا الأمر ان كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك. فحينئذ يحق أن نضحي بمصالح الأفراد الخاصة في سبيل المصلحة العامة. أما إذا كانت المصلحة العامة لا تقتضي شيئا من ذلك فإن تحميل الأفراد هذا الضرر لا يجد ما يبرره.

لذلك كان الاجماع على أن قاعدة الأثر الفوري للنظام لا تطبق بصفة مطلقة، بل يجب أن يفسح النظام الجديد مجالاً لتطبيق النظام القديم في بعض الحالات وعندئذ تثور مسألة تحديد نطاق تطبيق كل من النظامين :

الجديد والقديم، ولقد أختلف الفقه في ذلك اختلافاً كبيراً. ولكن أهم نظريتين في هذا المجال هي نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل، ونظرية روبية وسنعرض في إيجاز لمضمون هاتين النظريتين .

ا ـ نظرية الحق المكتسب و مجرد الأمل :

يفرق أنصار هذه النظرية بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل فالحق المكتسب هو مصلحة للشخص يحميها القانون أي يستطيع الشخص أن يطالب بها أمام القضاء، أما مجرد الأمل فهو أمنية قد تتحق أو لا تتحقق، مثال ذلك أن للوارت مجرد أمل في الميراث وذلك في حياة المورث، فإذا توفي المورث فقد أصبح للوارث حقاً مكتسباً في الإرث. ومن يضع يده على مال للغير بقصد تملكه يصبح له حقاً مكتسباً في الملكية إذا أنقضت مدة التقادم دون أن ينازعه أحد في وضع يده، ولكنه قبل انقضاء مدة التقادم لا يكون له إلا مجرد أمل في اكتساب الملكية.

ولقد رتب أنصار نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل على هذه التفرقة أن النظام الجديد لا يجوز له أن يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره، بل يطبق عليها النظام الذي اكتسبت في ظله. وعلى العكس إذا كنا بصدد مجرد أمل في اكتساب حق فإن النظام الجديد يسري بأثر فوري ولا يجوز تطبيق النظام القديم، فإذا صدر نظام جديد يجعل مدة التقادم عشرين عاماً بدلاً من خمسة عشر عاماً، فإن هذا النظام لا يطبق على كل تقادم قد أكتملت

مدته قبل صدور النظام الجديد، لأنه لا يجوز المساس بالحق الذي اكتسبه واضع اليد في ظل النظام القديم، وعلى العكس فإن النظام الجديد، يسري, بأثر فوري على كل تقادم لم تكتملْ مدته عند صدور النظام الجديد لأنّ واضع اليد في هذه الحالة ليس له إلا مجرد الأمل في اكتساب الملكية بالتقادم.

ونقطة الضعف في هذه النظرية هو صعوبة وضع تعريف واف للحق المكتسب ومجرد الأمل، وبالتالي فإنه في كثير من الحالات يصعب التفرقة بينهما أو لا يستطيع أن نجزم إذا كان الشخص في حالة معينة قد اكتسب حقاً أم أن له مجرد أمل في اكتساب الحق. فالزواج في القانون الحالي يبيح للزوج الطلاق في أي وقت، فإذا صدر قانون جديد لا يبيح الطلاق إلا على يد القاضي أو في حالات معينة، فهل يصح للزوج أن يدعي أن له حقاً مكتسباً في تطليق زوجته كما يشاء؟ أم أنه ليس له إلا مجرد الأمل في الطلاق.

واليك مثال آخر : في ظل القانون المدني المصري القديم، كان سن الرشد محدداً بثمانية عشر عاماً، ثم صدر القانون الجديد يحدد سن الرشد بواحد وعشرين عاماً. فالشخص الذي بلغ عشرين عاماً عند صدور القانون الجديد لا شك أن له حقاً مكتسباً في أن يكون رشيداً، فلا يطبق عليه القانون الجديد طبقاً لهذه النظرية. ولكن الحل العكسي هو الذي ساد في الفقه والقضاء. ويتضح من ذلك أن نظرية الحق المكتسب ومجرد الأمل لا تعطينا

دائمـاً الحل السليم لمشكلة تنازع القـوانين. ولتلخـيص هذه النظريـة من هذا الضـعف وما تـؤدي اليـه من خلط أوردها أنصـارها قـيـداً هاماً عـليـهـا. هذا القيـد مضمونة أن القانون الجديد يسري دائماً أن كان متعلقا بالنظام العام. وبناء على هذا القيـد يمكن أن نفسر لماذا يعـود الشـخص الذي بلغ عشـرين عاماً قاصراً من جديد ذلك ان قـوانين الأهلية تتعلق بالنظام العـام، ولا يجوز أن يدعي شخص أنه اكتسب حقاً ضد النظام العام.

ويلاحظ أن القـضـا ء في مجـموعـة سـوا ء في مـصـر أو في فـرنسـا مـا زال يأخذ بنظرية الحق المكتسب، ومجرد الأمل بـالرغم من غموضـها وعدم دقتـها وذلك لعدم وجود معيار أفضل منها.

ولكن هذه النظرية كـانت مـوضع نـقد شـديد من جانـب الفـقـه، ولعل أهم النظريات الحديثة هي نظرية روبيه.

نـظـريـة روبيـه :

يفرق الفقـيـة الفرنسي روبيـه بين القـوانين المتـعلقـة بالنظام القـانوني وبين القوانين المتعلقة بالروابط التعاقدية.

فـالقـوانين المتـعلقـة بالنظام القـانوني هي تلك القـوانين التي تـنظم الروابط التي لا دخـل لإرادة الأفـراد في تنظيـمـهـا والتي ينظمـهـا القـانـون بصـفـة مـبـاشـرة، ولا يعـتـمـد في ذلك بإرادة الأفـراد كـالقـوانين التي تنظم شـئـون الموظفين من حيث التـعيين والمرتبـات والترقـيـة والعزل والاحالة الى المعـاش، والقـوانين المتـعلقـة بالأهليـة والزواج والطلاق. فللشـخص مـثـلاً الحرية في أن

يتزوج أو لا يتزوج، ولكنه إذا تزوج فإنه يخضع لتنظيم قانوني ليس له دخل في تحديد مدي ما يتضمنه من حقوق والتزامات.

هذا النوع من القوانين التي تتعلق بالنظام القانوني يسري فور نفاذه، أي بأثر فوري. فالقوانين التي تصدر في شئون الموظفين في المستقبل تسري بالنسبة لهم جميعا حتى بالنسبة لمن وجد في الخدمة قبل نفاذها. والقانون الذي يرفع سن الرشد يسري على الجميع، حتى بالنسبة للأفراد الذين بلغوا سن الرشد حسب القانون القديم.

أما القوانين المتعلقة بالروابط التعاقدية كالقوانين التي تنظم أحكام البيع والإيجار وغير ذلك من العقود، فهذه القوانين لا تسري بأثر فوري. فبالنسبة للعقود التي أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد فإنه يسمح بامتداد حياة القانون القديم. لكي يحكم اثار هذه العقود حتى تنتهي. أما القانون الجديد من أحكام عقد البيع بأن أعفي البائع مثلاً من ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، فإن هذا القانون لا يسري على عقود البيع التي تمت قبل نفاذه، فيظل البائع ضامناً للعيوب الخفية. والقانون الذي يعدل في أحكام عقد الإيجار بأن يجعل المؤجر ملتزماً بإجراء الترميمات الجسمية في العين المؤجرة لا يسري على العقود التي أبرمت قبل نفاذه.

ولكن روبيه يورد أيضاً قيداً على نظريته فيما يتعلق بالقواعد الآمرة : أي التي تتعلق بالنظام العام، فهذه القواعد تسري بمجرد نفاذها حتى بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل نفاذها.

ويمكن أن نلخص ما سبق في أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق بأثر فوري. ولا يجوز الادعاء بأي حق مكتسب بشأنها.

أما في نطاق الروابط التعاقدية فإن القانون القديم هو الذي يحكم هذه الروابط التي نشأت في ظله، وذلك إذا كانت هذه الروابط لا تتعلق بالنظام العام.

ولنعود الآن لنطبق هذه المبادىء على الفروض التي سبق أن ذكرناها في بداية بحثنا.

١ـ سن الرشد : إذا صدر نظام جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ عاماً بدلاً من ١٨ عاماً، فإن هذا النظام الجديد يسري بأثر فوري حتى بالنسبة لمن بلغوا سن الرشد، طبقاً لنصوص النظام القديم لأن قواعد الأهلية من النظام العام. ولكن تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين فإن التصرفات التي أبرمت في ظل القانون القديم تعد صحيحة ونافذة لأنها وقعت من شخص كاملي الأهلية طبقاً للنظام القديم.

٢ـ التسعير الجبري : بالنسبة للأنظمة التي تفرض تسعيراً جبرياً فإنها تنفذ بأثر فوري حتى على العقود التي أبرمت قبل صدورها، وذلك تطبيقا لمبدأ الأثر الفوري للنظام. أما عن الفترة السابقة على صدور هذا النظام الجديد فإن هذه العقود تخضع للنظام القديم تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين.

٣- التقادم : إذا أطال النظام الجديد المدة اللازمة لأكتساب الملكية بالتقادم فإن هذا النظام الجديد لا يسري على كل تقادم قد أكتملت مدته طبقاً للنظام القديم، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية الأنظمة.

ولكن يسري النظام الجديد على كل تقادم لم تكتمل مدته تطبيقاً لمبدأ الأثر الفوري للقانون، على أن تحتسب المدة السابقة لوضع اليد، وتخصم من مدة التقادم التي نص عليها النظام الجديد. فإذا كان النظام الجديد يطيل مدة التقادم الى ٢٠ عاماً بدلاً من ١٥ عاماً، وحاز شخص عقاراً لمدة ١٠ سنوات فإنه يكتسب الملكية باستمرار الحيازة لمدة عشر سنوات أخرى بدلاً من خمس سنوات.

الباب الخامس
تفسير القاعدة التشريعية

تأتي النصوص النظامية عادة في مواد موجزة مركزة، وقد يحوطها الغموض والابهام في بعض الحالات، أو قد تكون النصوص النظامية ناقصة أو متعارضة مع غيرها من النصوص. وفي حالات أخري قد تعرض حالة لم يرد فيها نص مباشر ويقتضي الأمر أن نبحث عن حكم لها.

ففي كل هذه الحالات نلجأ الى تفسير النصوص النظامية لإيضاح معني القاعدة النظامية وتحديد نطاق انطباقها أو لتكملة النقص فيها أو التوفيق بينها وبين القواعد النظامية الأخزي أو لاستنباط الحكم للحالات التي لم يرد فيها نص مباشر.

أولا- أنواع التفسير :

١- التفسير التشريعي : وهو التفسير الذي يصدر عن السلطة التشريعية ذاتها لإيضاح غموض تشريع سابق.

ويلاحظ أن التشريع التفسيري يجب أن يصدر من ذات السلطة التي أصدرت التشريع المفسر. ولكن قد تفوض هذه السلطة سطلة أدني منها في تفسير القانون، مثال ذلك ان المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعي في مصر قد فوض اللجنة العليا للإصلاح الزراعي في تفسبير احكامه.

ويعتبر التشريع التفسيري جزء من القانون المفسر متمماً له، ولذلك فهو تفسير ملزم، كما أنه يسري على الماضي أي على الوقائع التي سبقت صدروه. وبعبارة أخري فالقانون التفسيري يسري من تاريخ نفاذ القانون المفسر.

٢ـ التفسير القضائي: وهو التفسير الذي تقوم به المحاكم وهي بصدد تطبيق القانون على المنازعات التي تعرض أمامها.

ويتميز التفسير القضائي بصيغته العملية، إذ يحاول القاضي أن يلائم بين النصوص القانونية وبين ظروف الجماعة وما تقضية قواعد العدالة.

والتفسير القضائي غير ملزم، فإذا فسرت إحدي المحاكم نصاً قانونياً تفسيراً معيناً فإن هذا التفسير لا يلزم سائر المحاكم، و لا يقيد نفس المحكمة التي أصدرته في الدعاوي الأخري التي تعرض عليها، فلها الحق أن تعدل عن هذا التفسير إذا رأت أنها كانت قد جانبت الصواب في تفسيرها السابق.

٣ـ التفسير الفقهي : وهو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون، وهو مجهود شخصي ويصطبغ بالطابع النظري واعمال المنطق القانوني المجرد، على عكس التفسير القضائي الذي يتميز بالطابع العملي. ويراعي أن التفسير الفقهي يعبر عن الرأي الشخصي لمن صدر عنه. ولذلك فهو تفسير

غير ملزم للمحاكم. ومع ذلك فإن آراء الفقهاء تكون عادة عنصراً هاماً تسترشد به المحاكم في تفسير القانون.

وهناك عدة مذاهب أو مدارس في تفسير النصوص :

(أ) مدرسة الشرح على المتون أو التزام النصوص : وتنظر هذه المدرسة الى النصوص نظرة تقديس وإجلاء وتتقيد في التفسير بارادة المشرع الحقيقة أو المفترضة وقت وضع التشريع. فدور الفقه أو القضاء يقتصر على الكشف عن نية المشرع واستخلاصها من معاني الفاظ النصوص نفسها أو الأعمال التحضيرية أو حكمة التشريع.

(ب) المدرسة التاريخية أو الاجتماعية : وتذهب المدرسة التاريخية الى أن تفسير النصوص ينبغي أن يجاري تغيير الظروف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي يتم فيه التفسير. وعلى ذلك يرفض أنصار المدرسة التاريخية الأخذ بإرادة المشرع الحقيقة أو المفترضة وقت وضع التشريع، بل العبرة بالارادة المحتملة للمشرع، أي بالإرادة التي كان يحتمل أن يتجه إليها المشرع لو وجد في الظروف التي يتم فيها تفسير.

وتهدف المدرسة التاريخية الى تحقيق مرونة النصوص وتطورها لمواجهة الظروف الإجتماعية والاقتصاديه المتغيرة ، ولكنها تفتح بذلك مجالاً للتحكم والاهواء واتخاذ فكرة الارادة المحتملة للمشرع كوسيلة لتعديل

التشريع مما يؤدي الى عدم الثبات والاستقرار في النصوص القانونية .

(ج) منهج الفقه الإسلامي في التفسير : يقسم علماء أصول الفقه الإسلامي النصوص الى نصوص واضحة، ونصوص غير واضحة. ويستخرجون من النص الواضح عدة معان تدل عليه. فهناك معنى تدل عليه عبارة النص، وآخر تدل عليه اشارة النص، وثالث يفهم من دلالة النص ورابع يفهم من اقتضاء النص. كما أن هناك دلالات للنص يدل عليها مفهوم المخالفة. أو كون اللفظ عاماً، أو خاصاً، أو مطلقاً، أو مقيداً .. الخ. والواقع أن أصول الفقه الإسلامي غنية بالبحوث المستفيضة والدقيقة في الاجتهاد في الاحكام التفصيلية.

ويذهب القضاء والفقه في الدول العربية الى الاهتداء بمناهج أصول الفقه الإسلامي عند تفسير النصوص، وسوف نحاول فيما يلي أن نعرض لأهم المباديء في التفسير.

ثانيا ـ المباديء العامة في تفسير النصوص القانونية

١ـ وجوب التقيد بعبارة النص القانوني الواضحة : إذا كانت عبارة النص القانوني واضحة وجب التقيد بعبارة النص ما دام مضمونة محدداً، فلا يجوز للقاضي أو الفقيه أن يعدل عن حكم النص الواضح بدعوي أنه حكم

غير عادل. ولكن يجب أن يستخلص معني النص من مجموع عبارته على هدي قصد الشارع دون التقيد بألفاظ النص لفظاً لفظاً. فإذا كان هناك خطأ مادي في ألفاظ النص القانوني، فإن على القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي قصده المشرع، وهذا ما تعبر عنه القاعدة الشرعية، بأن العبرة بالمقاصد والمعاني ، وليست بالألفاظ والمباني. مثال ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري السابق كانت تنص على أن الشرط : «أمر مستقبل أو غير محقق الوقوع» والحقيقة أن الشرط «أمر مستقبل وغير محقق الوقوع». فعلى القضاء أو الفقه تصحيح هذا الخطأ المادي في النص.

٢ـ الاعتداد بروح النص أو فحواه : يجب ألا نقتصر في تحديد معني النصوص القانونية على المعني المستفاد من ألفاظ النص وعبارته، بل يجب أن نعتد بالمعاني الأخري التي تمليها روح النص عن طريق اشارة النص عن طريق دلالة النص أو مفهومه. ويؤدي هذا التوسع في تفسير النصوص القانونية إلى اكتساب النصوص مرونة مما يساعد على الملاءمة بين النصوص ومقتضيات الحياة وتطورها.

اشارة النص : والمقصود بإشارة النص هو المعني الذي يمكن استخلاصه من النص دون أن تعبر عنه ألفاظ النص صراحة. وبعبارة أخري هناك معني يستخلص مباشرة من ألفاظ النص، وهو ما يطلق عليه « اشارة النص» ففي

قوله تعالي :«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، تدل عبارة النص على أن نفقه المولود على والده، ولكن يستخلص أيضاً عن طريق اشارة النص نسبة المولود الى والده.

دلالة النص أو مفهوم النص : والمقصود بذلك المعني الذي يستنتج من روح النص أو مفهومه. ويتم هذا الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة (القياس) أو مفهوم المخالفة.

(أ) مفهوم الموافقة (القياس) :

قد تعرض حالة مشابهة للحالة التي ورد فيها نص قانوني، ويستفاد من روح النص أنه يمكن تعليقه على هذه الحالة المشابهة لأتحاد العلة في الحالتين فنقيس الحالة المشابهة على الحالة التي ورد فيها نص صريح.

والقياس نوعان : قياس عادي وقياس من باب أولي.

والقياس العادي هو : اتحاد العلة بين حالتين : احداهما ورد فيها نص والأخرى لم يذكرها النص.

كذلك كانت المادة ٢٢٧ من القانون المدني المصري القديم تنص على أن المحررات العرفية تعتبر حجة على المتعاقدين ما دامت موقعاً عليها بالإمضاء. فقضت المحاكم بإعتماد الختم أو البصمة قياساً على الإمضاء.

اما القياس من باب أولي فيفترض وجود نص قانوني لحكم حالة معينة، ثم تعرض لنا حالة أخرى مشابهة، وتتوافر فيها نفس العلة، ولكن بشكل

أوفى وأزيد، فيصبح من باب أولى أن نقيس الحالة المشابهة التي لم يرد بشأنها نص على الحالة التي ورد فيها نص قانوني. مثال ذلك الآية الكريمة في شأن الوالدين: «فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً».

فهي تتضمن حكماً بتحريم القول البذي للوالدين، ومن باب أولى تحريم الاعتداء عليهما بالضرب مثلاً.

(ب) مفهوم المخالفة أو الاستنتاج العكس:

قد يوضح النص القانوني لحكم حالة معينة، ولكن يمكن أن يفهم من روح النص أن المشرع أراد تطبيق عكس الحكم الوارد في النص على حالة أخرى لم يرد ذكرها في عبارة النص، وذلك لاختلاف العلة في الحالتين. مثال ذلك النص على أن «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» يستنتج من روح النص عن طريق مفهوم المخالفة أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر. وكذلك النص على أن «تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع» يستنتج منه أن تبعة الهلاك بعد التسليم تكون على المشتري.

ونود أن نشير إلى أنه ينبغي الاحتراس عند التفسير عن طريق الاستنتاج العكسي، لأنه قد يكون النص وارداً على سبيل التمثيل أو الاستثناء فلا يجوز في هذه الحالة الأخذ بمفهوم المخالفة. فإذا عدد المشرع الأوراق التجارية وكان هذا التعداد على سبيل التمثيل، فلا يجوز الاستنتاج العكسي ورفض

الاعتراف بصفة الورقة التجارية للأوراق الأخري التي تتوافر فيها صفة الورقة التجارية.

ويرعي أنه إذا تعارض المعني المستفاد من عبارة النص مع المعني المستفاد من روح نص آخر، فإنه يجب الأخذ بالمعني المستفاد من عبارة النص الصريحة.

٣ـ تفسير النصوص الاستثنائية والجنائية تفسيراً ضيقاً : يراعي أنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الاستثنائية وعلى الأخص القوانين الجنائية، بل يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً. فلا يجوزللقاضي أن يقضي بالعقوبة على فعل غير منصوص عليه قياساً على فعل آخر يشبهه نص عليه القانون. ومثال ذلك أن سحب شيك بدون رصيد لم يكن يعتبر جريمة حتى عام ١٩٣٧م بالرغم من أنه يشبه جريمة النصب.

ولكن يلاحظ أنه يجوز التوسع في تفسير النصوص الجنائية التي تؤدي الى صالح المتهم، كالنصوص التي تقرر أسباب الاعفاء من المسئولية أو العقاب.

٤ـ تفسير النصوص غير الواضحة : إذا كانت نصوص التشريع غامضة أو ناقصة أو متعارضة مع باقي أحكام النص أو مع نصوص تشريعية أخري، وجب تفسيرها بما يزيل هذا الغموض أو النقص أو التعارض مع

النصوص الأخرى. فقد يكون النص غامضاً، مثال ذلك أن الليل يعتبر ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة، فما هو المقصود بلفظ الليل؟ هل هو المعني الفلكي أي الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها، أم هو فترة الظلام بغض النظر عن الشروق والغروب التي ينتهزها السارق لإفزاع الناس بجرائمه.

وقد يكون النص ناقصا كما لو أغفل ذكر لفظ لا يستقيم الحكم بدونه ، مثال ذلك أن المادة ١٥١ من القانون المدني المصري القديم كانت تنص على أن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بتعويض الضرر » .

والواقع ان المشرع يقصد ترتيب الالتزام بالتعويض على كل فعل خطأ ولكن لفظ خطأ سقط من الصياغة العربية للمادة مع أنه مذكور في النص الفرنسي .

وقد يكون هناك تعارض بين النصوص التشريعية سواء في تشريع واحد او تشريعات مختلفة ، وعندئذ يجب الاخذ باحكام التشريع الاعلى درجة ، فان تساويا في الدرجة وجب الأخذ بالتشريع الأحدث ، كما أن النص الخاص يلغي النص العام كما سنرى عند الغاء التشريع .

ويلجأ الفقه والقضاء عادة الى عدة طرق في تفسير النصوص الغامضه ، وأهمها الرجوع الى الأعمال التحضيرية : ويقصد بذلك الوثائق والمذكرات الإيضاحية او التفسيرية والمناقشات وتقارير اللجان لا تعد جزءا من القانون ، ولكنها تشكل عنصراً هاماً للاستئناس بها عند تفسير النصوص القانونية . وينبغي الحذر عند الاستعانه بالاعمال التحضيرية في تفسير النصوص ،

لأنه قد تعبر في بعض الاحيان عن آراء شخصية لمن شاركوا في إعداد التشريع .

حكمة التشريع : ومما يفيد في تحديد معنى النص الرجوع إلى حكمة التشريع أي الغاية التي قصد المشرع تحقيقها من التشريع . مثال ذلك تفسير لفظ الليل في ضوء الحكمة من تشديد العقوبة على إرتكاب جريمة السرقة ليلاً .

تقريب النصوص : ويلجأ المفسر إلى تقريب النصوص في حالة النصوص الغامضة أو المتعارضه ، والتي تحكم موضوعاً واحداً . والمقصود بتقريب النصوص هو إعتبار النصوص الخاصة بموضوع واحد يكمل بعضه البعض الآخر ، فقد يكون النص عاماً في موضع ثم يخصصه او يقيده المشرع في موضوع آخر .

المصدر التاريخي : قد يكون النص القانوني مستمداً من تشريع أجنبي ، وعندئذ يفيد الرجوع الى هذا المصدر التاريخ المادي في التفسير كما سبق ذكره عند دراسة المصادر .

الباب السادس

الغاء القاعدة التشريعية

الغاء القاعده التشريعيه او نسخها هو ايقاف العمل نهائيا بالنسبة للمستقبل سواء أكان سبب هذا الايقاف هو استبدالها بقاعدة تشريعية

جديدة او الاستغناء عنها كلية .

والاصل أن القاعدة التشريعية لا يجوز الغاؤها الا بقاعدة تشريعية من نفس درجتها او أعلى منه درجة . فالنظام مثلا لا يجوز الغاؤه الا بنظام ، والمرسوم او الامر الملكي لا يجوز الغاؤه الا بنظام او بمرسم او امر ملكي واللوائح لا يجوز الغاؤها الا بمقتضى نظام او لائحة من نفس الدرجة .

الالغاء الصريح والالغاء الضمني :

قد يكون الغاء القاعدة التشريعية بنص صريح ، مثال ذلك : المادة ٥٠ من نظام مجلس الوزراء الصادر في ٢٢ شوال ١٣٧٥هـ ، والتي تقضي بان يلغى هذا النظام نظام مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٣٧٣/٧/٢١هـ وجميع الانظمة والقرارات الاخرى التي تخالف احكامه وكل حكم آخر يخالفه .

وقد يكون الالغاء ضمنياً « وذلك اذا تضمن التشريع الجديد نصاً يتعارض مع نص في تشريع قديم » وعندئذ يعتبر النص القديم ملغياً الغاء ضمنياً ، وذلك تغليباً لإرادة المشرع الجديدة .

قواعد تطبيق الالغاء الضمني :

يراعى في اعمال الالغاء الضمني القواعد التالية :

١ - الحكم العام الجديد يلغي كل حكم عام قديم مخالفاً له :

يكون الالغاء الضمني بين تشريع جديد يشتمل حكماً عاماً ، وتشريع

قديم يتضمن ايضا حكماً عاماً مخالفاً له ، فاذا صدر تشريع يعدل من فئات علاوات الموظفين او مواعيد استحقاقها ، فانه يلغي ضمنياً أحكام التشريع السابقة الخاصة بالعلاوات ، حتى ولو لم يشتمل القانون الجديد على نص صريح بالالغاء .

٢ - الحكم الخاص الجديد يلغي كل حكم خاص قديم مخالف له :

يكون الالغاء الضمني ايضا بين تشريع جديد متضمنا حكماً خاصاً ، وتشريع قديم يتضمن ايضا حكماً خاصاً مخالفاً له ، كما لو صدر تشريع ينظم هيئات التدريس في الجامعات او المعاهد العليا ، فانه يلغي كل نص مخالف له في التشريعات السابقة بصدد تنظيم هيئات التدريس .

٣ - الحكم العام الجديد لا يلغي حكماً خاصاً قديماً مخالفاً له :

اذا تضمن التشريع الجديد حكماً عاماً فان ذلك لا يترتب عليه الغاء الاحكام المخالفه له في التشريعات القديمة ، مثال ذلك : صدور تشريع ينظم شئون الموظفين لا يترتب على صدوره الغاء احكام القانون الخاص بهيئات التدريس في الجامعات او المعاهد العيا ، ويعتبر النص الخاص استثناء من أحكام القانون الجديد .

٤ - حالة التنظيبم الشامل لموضوع معين :

إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كاملاً وشاملاً وضعاً من الاوضاع سبق أن نظمته تشريعات سابقة ، فان التشريع السابق المنظم لهذا الوضع يعتبر ملغياً جملة وتفصيلاً ، حتى ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص

هذا التشريع ونصوص التشريع الجديد ، وذلك دون حاجة الى نص صريح بالالغاء ، فلو فرضنا انه صدر تشريع جديد ينظم شئون الموظفين تنظيماً شاملاً فان هذا التشريع الجديد يلغي كل أحكام التشريع السابق الغاء ضمنياً ، ولا يقتصر هذا الالغاء على الاحكام التي تتعارض مع التشريع الجديد ، بل يمتد أثر الالغاء الى جميع احكام التشريع القديم ، بصرف النظر عن تعارضها او عدم تعارضها مع التشريع الجديد .

هل يلغي التشريع بعدم الاستعمال :

تثور أحياناً مشكلة عدم استعمال القانون لفترة طويلة ، وهل يترتب على ذلك الغاء التشريع الغاء ضمنياً .

والواقع أن هذا التساؤل يتعلق بالقوة القانونية للعرف ، وهل يجوز للعرف ان يلغي تشريعاً قائما ام ان العرف يأتي في المرتبة الثانية فلا يجوز له ان يلغي تشريعا قائماً ، فاذا اعترفنا للعرف بقوة تعادل قوة التشريع لامكن القول ان عدم استعمال التشريع لفترة طويلة ينشأ عنه قاعدة عرفية بالالغاء الضمني لهذا التشريع .

ويذهب أغلب الفقه والقضاه الى أن العرف ادنى منزلة من التشريع وأنه لا يجوز ان يخالف التشريع ، وعلى ذلك فلا يلغي التشريع الغاء ضمنياً مهما طال اهمال التشريع وعدم استعماله .

تمهيد

العلاقة بين النظام والحق

من المستقر عليه في فقه القانون ، ان هناك صلة وثيقة بين فكرتي النظام والحق . حيث يتولى النظام تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع عن طريق فرض تكاليف وواجبات عليهم وتقرير حقوق لهم ، يتمتعون بها وينهضون بمباشرتها على اساس من العدل والمساواة . ولم ولن يفلح النظام في تنظيم سلوك الأفراد في أي مجتمع ، ألا بفرض واجبات على بعض الأفراد تقابلها حقوق للبعض الآخر .

وعلى الرغم من هذه الصلة الوثيقة، فقد اختلف الفقه حول ما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق ، أم أن الحق هو الذي يقوم على اساس القانون.

والراجح لدينا ، أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى مصادر الشريعة الاسلامية والنظام ، بحيث تستمد منه وجودها الشرعي وكفالة احترامها بين أفراد المجتمع .

انكار وجود فكرة الحق

انكر الفقية الفرنسي - العميد ذائع الصيت - ليون ديجي فكرة الحق من حيث وجودها القانوني ، وأعتبرها فكرة فلسفية دخيلة على عالم القانون.

وقد هاجم ديجي فكرة الحقوق الفردية الطبيعية مهاجمة عنيفة وقوية ، واعتبرها مخالفة للواقع المادى المحسوس ، فضلا عن انعدام جدواها وانعدام الأسس القانونية التي تؤسس عليها .

ويري ديجي، أن ما اصطلح فقهاء القانون على تسميته بالحق ، ما هو الا القاعدة ذاتها في تطبيقها على الأفراد . ويقود هذا التطبيق الى وجود الأفراد في مراكز قانونية ايجابية أو سلبية ، دون ان يولد حقوق وواجبات تكون لهم أو عليهم .. ويعد الفرد في مركز قانوني سلبى ، اذا كان مكلف من جانب القانون بعمل أو امتناع عن عمل معين ، وفي المقابل يعد المستفيد من هذا التكليف في مركز قانوني ايجابي. وتأسيساً على ذلك، يصبح المدين في مركز قانوني سلبى ، بينما يصبح الدائن في مركز قانوني ايجابي.

وقد رفض الفقه ما انتهى اليه ليون ديجي، واعتبره تصوراً خاطئاً لفكرة الحق. كما وجه الفقه نقداً شديداً لمنهاج ديجي في البحث، الذي يرتكز على ما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة ، وقد اثبت الفقه عدم صلاحية المنهاج الذي سلكه ديجي في مجال الدراسات القانونية.

ونعتقد، ان ما اثاره الفقية الفرنسي ديجي حول وجود فكرة الحق ، لم يزعزع قيد انملة الاعتقاد السائد لدى غالبية فقهاء القانون بوجود فكرة الحق. بل ان هذه المداخلة الديجوية قد ابرزت بشكل واضح مكانة فكرة الحق في عالم القانون ، وأنه يستعصي ، ان لم يكن يستحيل القول بانكارها.

ولذلك يمكن القول ، بأن وجود فكرة الحق أصبح من الأمور والحقائق المسلمة في فقه القانون ، ولعلنا لا نبالغ اذا قلنا ان الاستقرار الذي يشهده وجود فكرة الحق والتسليم بها ، لا نجد له مثيلاً في عالم القانون.

ودراستنا لفكرة الحق لن تمتد الي تفاصيلها وجزئياتها ، بل سوف تقتصر - بعون من الله - على بيان ماهية الحق وانواعه واركانه ومصادره واستعماله في رحاب نظرية عامة، تستهدف بيان قواعده الاساسية التي لا غنى عنها لطالب كلية الاقتصاد والادارة، لتكون زاده العلمي في مجال الدراسات النظامية فضلا عن الادارية والمحاسبية والسياسية والاقتصادية على السواء.

مناهج الدراسة

يقع منهاج دراستنا لنظرية الحق في اربعة ابواب

نقف الباب الأول على التعريف بالحق وبيان انواعه

ونعرض في الباب الثانى لاركان الحق

ونتناول في الباب الثالث مصادر الحق

أما الباب الرابع فسوف نخصصه لاستعمال الحق

الباب الأول
في
ماهية الحق وبيان انواعه

كثيرا ما يترامي الي اسماعنا في لغة التخاطب العادية بين عامة الناس في المملكة العربية السعودية كلمة «الحق»، فيقال هذا حقي أو حق فلان وتواتر استعمال كلمة الحق، يوحى بثبوت مدلولها لدي كافة الناس. فلا نتصور ان يوجد بين عامة الناس من يستشعر بصعوبة ادراك مدلول وقصد القائل منها.

وعلى الرغم من سهولة معرفة المقصود من كلمة الحق لدي الكافة ، فان تعريف الحق تعريفاً قانونيا وشرعياً آثار الكثير من الخلاف بين الفقهاء وشراح الانظمة. ولا نكون مبالغين ، اذا قلنا ان تعريف الحق يعد من اكثر المسائل القانونية التي ثار بشأنها الخلاف في عالم القانون ، ويرجع ذلك الى الصعوبة التي صادفها الفقه في وضع تعريف علمي للحق ، يحدد ماهيته وجوهره وانواعه وهو امر ليس بيسير في كل الاحوال.

ونلاحظ ان هذه المشكلة لم يهدأ ضجيجها ، ولم يرقد الخلاف حولها حتى هذه اللحظة. ومن ثم ، كان لزاماً علينا ان نستعرض المرئيات المتباينة حول تعريف الحق وتمحيصها ، بلوغا لوضع تعريف علمي للحق يحدد ابعاده

ومراميه وانواعه .

وفي ضوء ما تقدم ، رأينا تقسيم هذا الباب الى فصلين نخصص الفصل الأول لدراسة ماهية الحق.

ونتناول في الفصل الثانى أنواع الحقوق.

الفصل الأول
في
ماهية الحق

اسلفنا القول، ان هناك خلافا بيناً في الفقه حول تعريف الحق. وقد ادي هذا الخلاف الى ظهور مذاهب واتجاهات متعددة يصعب حصرها وشرحها. ومع ذلك ، استقر شراح الأنظمة الى رد كل الاراء والتعريفات الى ثلاث طوائف رئيسية، وان شئت الصدق فقل ان شراح الانظمة لم يهتموا الا بالاتجاهات الاساسية التي قيلت حول تعريف الحق، تاركين المحاولات الاخرى دون ان يعيروها اهتماما ملحوظا. واخذاً بهذا النهج المستقر في فقه القانون، سوف نسوق هذه الاتجاهات الاساسية، موضحين موقف الفقه الاسلامي المتميز حول تعريف الحق.

أولا - الاتجاه الشخصي :-

يتزعم الاتجاه الشخصي في فقه القانون، الفقيهين الألمانيين ويترشايد وسافيني. وقد عرف كل منهما الحق بأنه « قدرة أو سلطة ارادية يخولها القانون لشخص معين ».

ويعد هذا التعريف من اقدم التعريفات الفقهية حول ماهية الحق. وبتمحيص هذا التعريف يتضح لنا بجلاء ان الفقهيان الالمانيان قد نظراً بعين

الاعتبار الى صاحب الحق، فاعتبرا الحق صفه تلحق الشخص، تضفي على ارادته قدرة وسلطاناً وقوة للقيام باعمال معينة في اطار الانظمة.

وقد اطلق الفقه على التعريف الذي قال به ويترشايد وسافيني اسم المذهب الشخصي، حيث عول انصاره عند تعريفهم للحق على شخص صاحبه.

وقد تعرض هذا التعريف لنقد شديد من جانب بعض الشراح، وعلى الخصوص من الفقيه الالماني أهرنج، ولعل من ابرز الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه قصورة عن تعريف الحق بحسبان أنه

١- من الثابت، ان جميع انظمة العالم تتفق على ثبوت الحق لاشخاص لا يتمتعون بارادة معتبرة نظاماً كالمجنون والطفل غير المميز. فاذا كانت الارادة هي جوهر الحق - كما يري انصار المذهب الشخصي - لما جاز لهذه الانظمة المختلفة الاعتراف لهؤلاء بأي من هذه الحقوق.

٢- من المستقر في كافة الانظمة في مختلف دول العالم، ان الحق قد يثبت للشخص دون ارادة صاحبه، ودون علمه. كما هو الشأن بالنسبة للحقوق التي تثبت للغائب. فضلا عن الحق في الارث والحق في الوصية اللذان يثبتان بمجرد موت المورث أو الموصي دون تدخل ارادة صاحب الحق في ذلك.

٣- يصعب - وفق منطق المذهب الشخصي - الاعتراف بالحقوق للاشخاص الاعتبارية، حيث انها لا تتمتع بارادة حقيقية كارادة الاشخاص الطبيعية .

٤- خلط انصار المذهب الشخصي بين وجود الحق واستعماله، فلا ريب ان الحق يوجد دون تدخل من الارادة، بيد ان مباشرة هذا الحق لا تتم الا من خلال ارادة صاحبه. فوجود الارادة ليس شرطاً لوجود الحق، أنما لاستعماله ومباشرته. وان كنا نتفق مع بعض الفقهاء على عدم لزوم الارادة دوما لمباشرة الحق، ذلك ان عديم الآهلية بستطيع ان يسكن منزله، بحسبان ان الاستعمال المادي للحق لا يحتاج دوماً الى ارادة صاحبه.

٥- ركز انصار المذهب الشخصي عند تعريفهم للحق على خصيصة لاحقة على الحق، دون تعريفه تعريفاً علمياً ينفذ ويركز على جوهره وابعاده.

ومن ثم، كان من المنطقى ان يأتى تعريفهم للحق معيباً وغير مقبول من جانب كبير من شراح الانظمة.

ثانيا : الاتجاه الموضوعى

يتزعم الاتجاه الموضوعى في فقه القانون الفقيه الالماني اهرنج. حيث عرف الحق بأنه « مصلحة يحميها القانون ». ويتفق الاتجاه الموضوعى في تعريف الحق مع الفقه الاسلامي الذي نحا في تعريفه للحق نحواً موضوعياً ينظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه. ويبرز ذلك من خلال التعريفات التي ساقها الفقه الاسلامي لبيان المقصود بمصطلح الحق.

فقد عرف «الشيخ علي الخفيف» الحق في كتابه احكام المعاملات الشرعية، بانه«منفعة يقرها الشارع لفرد أو لأفراد » كما عرفه الشيخ

عيسوي احمد عيسوي، بأنه «مصلحة مستحقة شرعاً وثابتة لشخص معين على سبيل الاختصاص. وكذا عرفه الدكتور عبد العزيز عامر في مؤلفه المدخل بأنه «مصلحة ثابتة يقررها الشرع». كذلك عرف الدكتور عبد الحميد الحفناوي الحق تعريفاً شرعياً في مؤلفه أصول التشريع بأنه «مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معاً».

ومن الثابت لدينا، ان الاتجاه الموضوعى في فقه القانون، قد صادف قبولا في الوسط القانوني اكثر مما صادفه الاتجاه الشخصي. وقد اطلق الفقه على الاتجاه الموضوعى اسم نظرية المصلحة، ذلك ان جوهر الحق لدي انصار الاتجاه الموضوعى هو المصلحة، سواء كانت مادية أم ادبية. وهي عنصر اساسي وجوهري لقيام الحق فوجود الحق لا يكتمل الا بتوافر عنصرين هامين :

يتمثل العنصر الأول دوماً في المصلحة باعتبارها الغاية من الحق، ويكمن العنصر الثانى في الدعوى، باعتبارها وسيلة الحماية القانونية التي يقدمها النظام للمصلحة.

وعلى الرغم من القبول الحسن الذي صادفه المذهب الموضوعى في الوسط القانوني في مطلع الامر، بيد أنه سرعان ما وجهت اليه ،معاويل النقد التي اظهرت- الى حد بعيد- عجز وقصور تعريف الحق الذي اعتنقه انصار المذهب الموضوعى، عن التغريف الجامع المانع للحق، ومن ابرز الانتقادات التي سبقت لذلك :

١- اهتم المذهب الموضوعى ببيان الغاية أو الهدف من الحق، دون ان تعير

اهمية لتعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً يحول دون اختلاط غيره به. وبذلك يغدو المذهب الموضوعى ضالا للطريق السليم. ذلك أن من المسلم به في فقه القانون ان تعريف الافكار والمصطلحات القانونية وضبط معانيها، يجري من خلال ببيان العناصر التي تتكون منها ماهية المعرف، ووفقاً لهذا المنطق كان يتعين على المذهب الموضوعى ان يعرف الحق منظوراً اليه في ذاته بصرف النظر عن الغاية أو الهدف المرجو منه.

٢- اعتمد المذهب الموضوعى في تعريفه للحق على فكرة المصلحة، وهي فكرة ليس من السهل تحديد مضمونها ومدلولها في اطار نظرية الحق.

٣- المصلحة لا يمكن ان ترتفع في كل الاحوال الى مرتبة الحق، وقد ساق شراح الانظمة امثلة لذلك، لعل من اهمها الاتفاق المبرم بين ساكن الدور العلوى ومؤجر المنزل على انارة السلم، فلا ريب ان سكان الادوار السفليه يستفيدون من هذه الانارة، ومن ثم تغدو لهم مصلحة في ذلك، بيد ان هذه الاستفادة وتلك المصلحة لا تخولهم أي حق قبل المؤجر في انارة السلم. ويعد هذا الامر قاطع الدلالة على انه ليس كل مصلحة تعتبر حقاً من الحقوق، وان كان العكس صحيح فإن كل حق ينشأ معه مصلحة من المصالح التي تلوذ به.

٤- استهدف التعريف الذي قال به المذهب الموضوعى للنقد، عندما جعل من الحماية القانونية عنصراً شكليا لوجود الحق، وهو أمر لا يمكن التسليم به، ذلك ان الدعوى بحسب طبيعتها القانونية لاحقة لنشوء الحق. ومن ثم، يكون من الصعوبة بمكان قبول فكرة الدعوى كعنصر من العناصر اللازمة

لوجود الحق. ذلك ان الثابت لدينا ان الدعوى اثر من اثار وجود الحق وليست عنصراً من عناصر وجوده.

ثالثا: الاتجاه المختلط

أسلفنا استعراض الاتجاه الشخصي والموضوعى في تعريف الحق، وادركنا عجز كل منهما وقصورة الواضح في بيان جوهر الحق وابعاده. واثر ذلك، تمخض الفقه فابتدع اتجاها ثالثاً جاء وليد التزاوج بين الاتجاه الشخصى والموضوعى. وقد أسمى هذا الاتجاه بالاتجاه المختلط بحسبانه ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه في آن واحد. ويكشف هذا المجال الغاية المستهدفة من انصار الاتجاه المختلط تتبلور في محاولة فقهية لجمع المذهبين الشخصى والموضوعى في صعيدواحد، بلوغا لحل وسط يجمع بين مزايا المذهبين ويتفادى أوجه النقد الموجهة اليهما. وعلى الرغم من نبل هذه الغاية، فان انصار المذهب المختلط لم يقفوا وقفة رجل واحد، في الجمع بين عنصرى الارادة والمصلحة، حيث غلب البعض منهم عنصر الارادة على المصلحة، بينما انتصر البعض الآخر لعنصر المصلحة فعظموها على الارادة.

ونعتقد ان الجمع بين مذهبيين مختلفين في صعيد واحد، هو اسلوب من اساليب الخدع أو الحيل أو الفهلوة القانونية ان صح هذا التعبير. لذلك كان من الطبيعي ان ينتقد الاتجاه المختلط بمجموعة الانتقادات التي وجهت الى كل من المذهب الشخصى والموضوعى على السواء.

رابعا: تعريف «دابان» للحق

اقترح الفقيه البلجيكي «دابان» تعريفاً جديداً للحق في مؤلفه المنشور عن الحق عام ١٩٥٢م. وقد انتهج دابان في تعريف الحق منهجا تحليليا، موضحا العناصر المميزة للحق وجوهره وابعاده. فقد عرف الحق بأنه ميزة يخولها القانون لشخص معين، بمقتضاها يتصرف الشخص متسلطاً على قيمة معترف بثبوتها له بصفته مالكاً أو مستحقا لها، ويمكنه حمايتها بوسائل قانونية عند وقوع الاعتداء عليها من الآخرين.

وبأستقراء هذا التعريف- الذى نادي به دابان- للحق، يتضح لنا ان الحق لا يكون موجوداً من الناحية القانونية الا بتوافر عناصر اربعة وهي

ا - عنصر الاستئثار

ينصرف مدلول لفظة «الاستئثار» عند دابان، الى معنى اختصاص شخص على سبيل الانفراد بشىء أو قيمة معينة، هذا التخصيص والانفراد لا يتطلب قدرة ارادية معينة في الشخص الذي يمارس هذا الاختصاص والانفراد، ومن ثم يظل المجنون والصبي غير المميز صاحب حق، طالما يملك الاختصاص والانفراد بقيمة يقررها القانون له.

ويؤكد الفقيه دابان، بأن كل حق يفترض استئثار شخص بقيمة معينة، استئثاراً يمنع الآخرين من الانفراد بهذه القيمة.

٢- عنصر التسلط

يقصد بالتسلط القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق. ويعد التسلط الوجه الثانى للحق عند دابان، وهو نتيجة حتمية ولازمة وملازمة لديناميكية فكرة الاستئثار. وقد فرق دابان في مؤلفه بين مصطلح التسلط - كعنصر من عناصر وجود الحق - وبين استعمال الحق، فالولي أو الوصي يباشر حق الصغير ويستعمله ولكنه لا يتصرف فيه.

وقد أكد دايان، ان القدرة على التصرف، وهي المكونة لعنصر التسلط ليست واحدة في كل الحقوق، أما تختلف مدى القدرة على التصرف باختلاف طبيعة الشيء موضوع الحق. فتكون القدرة كاملة، اذا كنا بصدد حق ملكية يرد على عقار، وتضيق هذه القدرة الى ابعد مدى في الحقوق التي يكون محلها الانسان.

٣- عنصر التزام الغير باحترام الحق

يشترط لوجود الحق، ان يلتزم الغير باحترام هذا الحق. ويتم هذا الاحترام بالكف والامتناع عن كل عمل من شأنه الاضرار بصاحب الحق في الانفراد به والتسلط عليه، واذا تم الاعتداء على الحق فلصاحبه ان يقتضي هذا الاحترام. ويؤكد دابان، ان الحق لا يوجد دون التزام مقابل باحترامه من الناس كافة في المجتمع.

٤- عنصر الحماية القانونية

يعتبر دابان الدعوي - باعتباره وسيلة قانونية لحماية الحق - عنصراً هاماً يجب توافره لوجود الحق. فالاخير لا يوجد في نطاق القانون الوضعى دون دعوي تحميه حال الاعتداء عليه. ومن ثم، تصبح الدعوي لازمة لوجود ونشوء الحق.

ونعتقد من جانبنا، أن الفقيه البلجيكي دابان، لم يكن قد جانبه التوفيق في اعتبار الدعوي من عناصر الحق. فمن المسلم به في فقه الانظمة في مختلف دول العالم، ان الدعوي ليست من عناصر الحق، أنما هي اثر من آثار وجود الحق. ومن ثم، يكون من العسير ادخالها ضمن العناصر التي يتكون منها الحق.

خامساً: تعريف الحق في الفقه العربي

يعرف جانب كبير من الفقه القانوني العربي الحق بأنه«استئثار بشىء أو قيمة استئثاراً يحميه القانون». ويعرفه البعض بأنه« ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضي القانون». كما يعرفه نفر آخر بأنه«رابطة قانونية تخول شخصاً استئثاراً وتسلطاً على قيمة معينة»، في حين يعرفه البعض الآخر بأنه«نسبة ما له قيمة اجتماعية الى شخص، يقررهاالقانون» كما عرفه فريق آخر بأنه«الصلة التي تقوم بين طرفين وتنطوي على مصلحة يحميها المشرع». وكذلك عرفه البعض بأنه«قدرة لشخص من الاشخاص على ان

يقوم بعمل معين، يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها» كما ذهب جانب آخر الى تعريف الحق بأنه« سلطة يقررها القانون لشخص يستطيع بمقتضاها ان يقوم بعمل أو يلزم أخر بادائه، وذلك تحقيقاً لمصلحة مشروعة». واتجه آخرون الى تعريف الحق بأنه«سلطة أو قدرة ارادية تخول الشخص القيام باعمال معينة تحقيقاً لمصلحة له يعترف بها القانون» واخيرا عرفه البعض بأنه«مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون».

سادسا: موقف الفقه الاسلامي من تعريف الحق

لوحظ ان الفقه الاسلامي لم يتجه قديماً الى الكتابة عن نظرية الحق كتابة مستقلة. كما ان الفقه الاسلامي المعاصر لم يهتم بنظرية الحق، فلم يصل - الى مبلغ علمنا - وفي حدود ثقافتنا الاسلامية - ان احداً توافر على كتابة نظرية الحق كتابة مستقلة، تبرز منهج الشريعة الاسلامية في موضوع حيوي وهام مثل نظرية الحق. ومع ذلك، ظل مصطلح الحق معروفاً لدى بعض الفقهاء المحدثين وعلماء الاصول، حيث افرد علماء الاصول حديثاً كاملاً عن الحقوق وانواعها، وذلك عند الحديث على «المحكوم به». والامر كذلك، فاننا ندعو الفقه الاسلامي ان يولي دراسة الحق عناية خاصة، وان تأتى الدراسة في اطار نظرية عامة حتى يمكن من خلالها المقارنة بين المنهاج الاسلامي، ومنهاج الانظمة الوضعية في هذا الشأن.

وعلى الرغم من ذلك، فمن المحقق لدينا ان هناك محاولات فقهيه بذلت

للتعريف بالحق. فقد عرفه الشيخ عبد الحليم الكندي بأنه« الحكم الذي قرره الشارع» كما عرفه الشيخ علي الخفيف بأنه« منفعة يقرها الشارع لفرد أو لأفراد» وقد اشار د. موسي في مؤلفه المدخل الى دراسة الفقه الاسلامي الى تعريف الحق في اصطلاح الفقهاء بأنه «مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص يقررها المشرع الحكيم» ويذهب نفر غير قليل من الفقه الاسلامي الى تعريف الحق بأنه« مصلحة ثابتة يقررها الشرع» كما ذهب د. عبد المجيد الحفناوي الى تعريف الحق من الناحية الشرعية بأنه« مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهمامعاً» وأخيرا يذهب د. عبد العزيز ابو غنيمه الى القول بأن الشريعة الاسلامية تؤكد تعريف الحق بأنه« مصلحة ذات قيمة مالية، في شأن الحقوق المتقومة في الشريعة الاسلامية مثل حق المستأجر في الانتفاع بالعين المستأجرة، وحق الموصي في الانتفاع بالموصي به».

هذه بعض التعريفات التي أوردها بعض الفقه الاسلامي للحق.

وفي رحاب الفقه الاسلامي، علينا ان نسلم بحقيقة ثابتة لدي جميع الفقهاء و الشراح والكتاب سواء كانوا منتسبين الى الانظمة أو الفقه الاسلامي، وهي ان الشريعة الاسلامية السامية الخالدة هي اساس ومصدر الحقوق ومنشؤها.

رأينا في تعريف الحق

اسلفنا استعراض معظم ما قيل في تعريف الحق في فقه الانظمة والفقه الاسلامي، واذا بقيت ثمة كلمة تقال في مجال التعقيب على التعريفات التي ذكرتها الاتجاهات والنظريات المختلفة، فهي كلمة انصاف لأصحاب الفضيلة العلماء حيث بذلوا جهداً كبيراً وملحوظاً في بيان جوهر الحق وابعاده وعناصره ومكوناته، وهي محاولات ومساهمات فكرية جديرة بالدراسة والتحليل والعرض. وعلى الرغم من ذلك كله، فأننا لا نري في كل الاتجاهات الفكرية السابقة في تعريف الحق ما يقنع بالانحياز الى واحد منها أو اتباعه.

ومن ثم يكون لزاما علينا ان نقدم تعريفاً للحق، والصحيح في نظرنا ان «الحق هو مكنة تقررها مصادر الشريعة الاسلامية أو الانظمة لشخص معين، يستطيع بمقتضاها ممارسة سلطات وتصرفات معينة على الموضوع الذي ترد عليه هذه المكنة».

وعوداً على بدء، فان هذا التعريف قد لا يكون تعريفاً جامعاً للحق، أنما هو محاولة قد تستهدف النقد لانها كغيرها محاولة جادة على الطريق.

الفصل الثانى
في
أنواع الحقوق

تمهيد

استقر الفقه عند تناوله لأنواع الحقوق على الأخذ بتقسيمات مختلفة للحقوق. ويكشف استقرار الفقه الاسلامي في هذا الشأن، ان لهذا الفقه الاسلامي منهجه المتميز واسلوبه الخاص في البحث في أنواع الحقوق.

لذلك، سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين، نخصص الأول لأنواع الحقوق في الفقه الاسلامي، ونستعرض في الثانى أنواع الحقوق في التشريعات العربية.

المبحث الأول
في
أنواع الحقوق في الفقه الاسلامي

للحق في الفقه الاسلامي تقسيمات متعددة، تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها الى الحق، والمدلول الذي يتأسس عليه التقسيم. فينقسم الحق باعتبار ما يضاف اليه الى قسمين حق الله وحق العبد، كما ينقسم الحق من حيث قيمته إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، وكذلك ينقسم الحق بالنظر الى انتقاله بالميراث الى حقوق تورث وحقوق لا تورث، وأخيرا ينقسم الحق من زاوية التنازل عنه الى حقوق تقبل الاسقاط والتنازل وحقوق لا تقبل ذلك، وأخيرا ينقسم الحق بالنظر الى مدى امكان اثباته امام القضاء الى حق ديني وحق قضائى.

التقسيم الأول : حق الله وحق العبد

ينقسم الحق باعتبار ما يضاف اليه الى قسمين

أ- حق الله

هو كل ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، وعله نسبه هذا الحق الى الله عز وجل، هي الاعلاء من شأن هذا النوع من الحقوق، لشمول

نفعها لكافة افراد المجتمع، ويتميز حق الله سبحانه وتعالى بعدم التنازل عنه، كما لا يجري فيه عفو ولا ابراء ولا صلح ولا توارث.

ويندرج تحت لواء حق الله، الكثير من الحقوق مثل الصلاة والصوم والزكاة والايمان بالله والحج وحد الزنا والسرقة والخمر.

ب- حق العبد

هو الحق الذي يتعلق بمصلحة خاصة لفرد من افراد المجتمع. ومثال حق العبد، حق المشترى في تملك المبيع وحق البائع في تملك الثمن.

التقسيم الثاني :حقوق مالية وغير مالية

ينقسم الحق بالنظر الى قيمته الى حقوق مالية وحقوق غير مالية، فالحقوق المالية هي التي تتعلق بالاموال ومنافعها، وتنقسم بدورها الى حقوق مالية شخصية وحقوق مالية عينية.والحقوق المالية الشخصية هي تلك الحقوق التي تقررها مصادر الشريعة الاسلامية لشخص معين في مواجهة آخر، أما الحقوق المالية العينية فهي الحقوق التي تقررها مصادر الشريعة الاسلامية لشخص على شيء معين. في حين ينصرف مدلول الحقوق غير المالية الى الحقوق التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به، مثل حق الزوجة في الطلاق من زوجها بسبب الضرر غير المشروع.

التقسيم الثالث : حقوق تورث وحقوق لا تورث

ينقسم الحق من حيث قابليته للانتقال بالميراث، الى حقوق تورث وحقوق لا تورث. وبالرجوع الى ما كتبه الفقه الاسلامي في هذا التقسيم، نلاحظ وجود خلاف فقهي حول ما يورث من الحقوق وما لا يورث. فذهب جانب من الفقه الاسلامي، الى القول بأن جميع الحقوق لا تورث، استناداً الى حديث الرسول صلي الله عليه وسلم الذي قال فيه«من ترك مالا فلورثته». في حين ذهب الجانب الآخر من الفقه الاسلامي الى توريث بعض الحقوق التي ترد على العقارات مثل حق المرور والارتفاق، والى توريث حق حبس المبيع عن المشترى حتى يستوفي البائع الثمن الحال.

التقسيم الرابع : حقوق تقبل التنازل وحقوق لا تقبل ذلك

تنقسم الحقوق بالنظر الى صحة التنازل عنها، الى حقوق تقبل الاسقاط والتنازل وحقوق لا تقبل الاسقاط. وقد اورد لنا الفقه الاسلامي امثلة للحقوق التي تقبل الاسقاط والتنازل، كحق الشفعة والقصاص. كما ذكر لنا عدداً من الحقوق التي لا تقبل الاسقاط والتنازل مثل حق الشريك في الشفعة قبل وجود البيع، وحق الزوجة في النفقة المستقبلية التي لم يدخل وقتها، وحق الاب أو الجد في الولاية على الصغير، وحق المطلق رجعياً في الرجوع، وحق الحاضنة في حضانة صغيرها.

التقسيم الخامس : الحق الديني والحق القضائي

ينقسم الحق بالنظر الى مدي امكان اثباته امام القضاء الى حق ديني وحق قضائى و الحق الديني هو الحق الذي يستحيل اثباته امام القضاء، أما الحق القضائى فهو كل حق يستطيع صاحبه اثباته امام القضاء بكافة ادلة الاثبات المعتبرة شرعا ويستطيع القاضى الحكم به.

المبحث الثاني

أنواع الحقوق في فقه الأنظمة

تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية . وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية . وأخيراً تنقسم الحقوق المالية بدورها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق أدبيه أو معنوية .

ورغم أن الدراسة التفصيلية لهذه الأنواع من الحقوق تتصل بأكثر من فرع من فروع القانون، بيد أننا سوف نعرض لها بإيجاز مع شيء من التفصيل والبسط فيما يتعلق بالحقوق المالية .

أولاً الحقوق السياسية

الحقوق السياسية، هي تلك التي تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء في جماعة سياسية معينه، وهي تهدف إلى تمكين الأفراد من المشاركة في تولي الشئون السياسية لهذه الجماعة .

ولذلك، يدخل في هذا النوع من الحقوق حق الترشيح في المجالس الشعبية، وحق الانتخاب، وحق تولي الوظائف العامه .

وتتميز هذه الحقوق بطابع هام، يتصل بالهدف منها ، فهي حق وواجب في ذات الوقت، يختص به مواطني الدولة وحدهم ودون سواهم .

فهي تأخذ حكم الواجب، حيث يجوز الزام الافراد بمباشرتها ، مثل اجبار

الافـراد في بعض الاحـوال على تـولي بعض الـوظائف العـامـة على سـبـيل التكليف، كما أنها عـادة ما تكون مقيده بما يحقق عدم الانحراف بها عن غـايتهـا. ولذلك ، عـادة مـا يحـيطهـا المنظم ببـعض القـيـود الهـامـه ، مـثل اشتراط سن معين لممارستها .

وهذه الحـقـوق تخص الوطنيين وحدهم - كـقـاعـده عـامـه - فـلا يجـوز للاجانب المشاركه في الانتخاب او الترشيح للمناصب السياسية .

ثانياً الحقوق المدنية

يقـصد بالحـقوق المدنيـة، تلك الحقـوق التي يلزم تقـريرها للافـراد حمـاية لحرياتهم، ولتمكينهم من مزاولة نشـاطهم المدني في الجماعة . وهذه الطائفه من الحقوق يجمع بينها انتـفـاء الصـفة السـيـاسـية عنهـا . ولذلك قد يتمتع الاجـانب بقـسط كبـير منهـا ، على النحـو الذي تضـمنه لهم قـواعـد القـانون الدولي العام .

وتنقسم هذه الحقوق - كما أسلفنا - إلى حقوق عامه وحقوق خاصة :

(أ) الحقوق العامه :

الحقـوق العـامـة، هي التي تثـبت للشـخص بصـفـتـه انسـاناً، ولذلك يطلق عليها الحقوق اللصيقه بالشخصيه او حقوق الشخصيه . وقد تسمى أيضا الحقـوق الطبـيـعيـه او حقـوق الانسـان . وقـد أكـدت على هذه الحـقـوق كـافـة المبـاديء الفلسـفيـة الكبرى في عـالم القـانون، مـثل مذهب القـانون الطبـيعي

والمذهب الفردي . وقد أعلن المجتمع الدولي عن إحترامه لهذه الحقوق ضمن وثيقة الإعلان الدولي لحقوق الانسان، الصادر عن الجمعية العامه للامم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م .

وتشمل هذه الطائفه من الحقوق، حق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضاءه .

فلا يجوز الإعتداء على حياة إنسان او على جسمه او اعضاءه وقد كفل الفقه الاسلامي وقوانين العقوبات والقوانين المدنية الوسائل والجزاءات التي تكفل لكل انسان الدفاع عن كيانه المادي .

كما تشمل هذه الطائفه من الحقوق - أيضا - حق الشخص في حماية كيانه الادبي او المعنوي . فلا يجوز المساس بسمعة الشخص او شرفه والا تعرض المعتدي للعقوبة او التعويض . كذلك تشمل هذه الطائفه من الحقوق كافة الحقوق التي تمكن الشخص من الحياة المدنية داخل الجماعة ومزاولة نشاطه المدني المشروع . مثال ذلك، الحريات الشخصية، وحرية الانتقال، والتملك، وحرمة المسكن، وحرية الاقامة، والتنقل، والعمل، والزواج وغيرها من الحريات والرخص العامة، وفي هذا الصدد ، ثار الخلاف في الفقه حول مدى اعتبار مثل هذه الحريات والرخص العامة من قبيل الحقوق بالمعنى الفني الدقيق للكلمة . ووجه الاعترض على اعتبارها من الحقوق . إن الحق يفترض وجود روابط قانونية، يتمتع فيها صاحب الحق بمركز ممتاز قبل الاخرين بحكم الاستئثار الذي يخوله له الحق . بينما لا تفترض الحريات او الرخص العامة

وجود روابط قانونية، او التفاوت في مراكز الافراد ، بل يتمتع بها الجميع على قدم المساواه دون استئثار احد منهم او انفراده بالتمتع بها دون الاخرين.

بينما الرأي المقابل، يعتبر الحريات والرخص العامه من قبيل الحقوق بمعناها الفني فاذا قلنا ان الحق هو استئثار بقيمة مالية او معنوية في مواجهة الغير استئثاراً بحمية القانون، فان التوسع والمرونه في هذا التعريف، تقود الى القول بان الشخص يختص وحده بكيانه المادي والادبي، وله ان يقتضي من الغير احترام هذا الكيان، وهو يحظى في ذلك بحماية النظام ، وأياً ما كان أمر هذا الخلاف، فان الحريات والرخص العامه وان تلاقت مع الحقوق في بعض احكامها ، مثل الحماية النظامية في مواجهة الاخرين، فانها قد تختلف عنها في احكام أخرى هامه، مثل عدم قابليتها للتنازل كما ان استعمالها يختلف نظراً لطبيعتها الخاصة . ولذلك عادة ما يميز الفقه بين الحريات والرخص العامه وبين الحق بالمعنى الدقيق .

خصائص الحقوق العامة :

١ - الحقوق العامه لا تنتقل الى الغير بالتنازل عنها او بالتصرف فيها باي وجه من اوجه التصرف نظراً لتلازمها مع الشخصية .لذلك جرى الفقه والقضاء على القول بان جسم الانسان او حياته او كيانه الادبي لا يجوز ان يكون محلاً للمعاملات المالية او غير المالية ولو كان ذلك برضاه .فلا يجوز للمريض أن يتفق مع طبيب على ازهاق روحه للتخلص من مرض لا يرجى

شفاؤه ، ولا يجوز لشخص ان يبيع جزءاً من جسمه او عضواً من اعضائه، ولا يجوز اجبار الشخص على إجراء جراحة او فحوص طبيه بغير رضاه . ولا يجوز للشخص التنازل عن حريته الشخصية، بان يتنازل - مثلا- عن حرية السكن او الانتقال او العمل او الزواج، او غير ذلك من الحريات والرخص العامة اللصيقة بشخصيته .

ومع ذلك، فان كان التصرف الصادر من صاحب الحق غير ضار بالكيان المادي أو الادبي للشخص، او كان من شأنه تدعيم هذا الكيان وحمايته، فانه يكون صحيحا . ولذلك تغدو جائزة، الاتفاقات المتعلقة باجراء جراحة لازمة للجسم . كما ذهب بعض احكام القضاء الى صحة الاتفاقات التي يكون موضوعها التبرع بجزء من الجسم لشخص آخر لغرض انساني بحت وغير مالي ، كما لو تبرعت الام بإحدى عينيها اوكلتاهما لابنها الذي فقد عينيه .

ويترتب على عدم قابلية هذه الحقوق للتصرف ، عدم انتقالها الى الورثة بالميراث ، فلا يرث الورثة جسم مورثهم ، ولا الحريات والرخص العامة التي كان يتمتع بها حال حياته .

٢ - والحقوق العامة تتقيد في استعمالها بالصالح العام للجماعة . فهذه الحقوق شرعت لحسن التعايش الجماعي للافراد .

ولذلك، لا يجوز للشخص الانتحار على اساس ان حقه في الحياة يتعلق به وحده . ولا يجوز للشخص إصابة نفسه بعاهه مستديمه للافلات من

الخدمة العسكرية . وقد يقيد النظام بعض الاشخاص من حيث مكان السكنى او الانتقال، بسبب وظائفهم التي تتطلب بقائهم في منطقة معينة مثل الاطباء ورجال الشرطة . وقد يقيد النظام من انتقال المواطنين الى خارج الدولة الا باذن خاص لاعتبارات عامة متنوعة .

٣ - تتكفل الانظمة بتقرير حماية جنائية ومدنية للحقوق العامة بسبب اهميتها . فالى جانب الحدود وجرائم التعزير التي تقرر عقوبة عن الاعتداء على الاشخاص ، تقضي بعض الانظمة المدنية بانه لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

٤ - لا تخضع هذه الحقوق للتقادم المكسب او المسقط، فهي لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن . ولا يكتسب انساناً حقاً عاماً لشخص آخر بطول الاستعمال ، ولذلك فانه اذا استعمل انسان اسم غيره فانه لا يكتسبه مهما طال الزمن .

(ب) الحقوق الخاصة :

ا - حقوق الأسرة :

يقصد بحقوق الأسرة تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة . ومثال ذلك ، حقوق الزوج على زوجته في الطاعة والاحتباس ، وحقوق الزوجة على زوجها في الانفاق عليها ، وحقوق الابن على ابيه في النفقه .

وتستهدف هذه الحقوق - في مجموعها- الى تحقيق مصلحة الاسرة ، ولذلك قد تغدو واجبات في ذات الوقت، فالاب له الحق في تأديب ابنه ، ومع ذلك فهو ملزم باستعمال هذا الحق لمصلحة الابن .

وهذه الحقوق غير مالية اذ انها لا تقوم بالمال، ويترتب على ذلك انها لا تقبل بطبيعتها التنازل عنها او التصرف فيها .

وحقوق الأسرة تخضع أساساً في معظم البلاد العربية لاحكام الشريعة الاسلامية، التي تعد في هذا الصدد مصدراً أصليا للقانون ، عدا ما ينظمه منها التشريع بنصوص خاصة .

٢ - الحقوق المالية

يقصد بالحقوق المالية ، تلك الحقوق التي يكون محلها قابلا للتقييم بالمال . وهي لذلك تقبل التعامل فيها ، وتنتقل الى الورثة ، كقاعدة عامة .

وتنقسم الحقوق المالية إلى أنواع ثلاثة ، وهي الحقوق العينية ، والحقوق الشخصية ، والحقوق الادبية او المعنوية . ونتناولها بشيء من التفصيل تباعا فيما يلي

أولاً : الحقوق العينية

الحق العيني - وفقا للتعريف السائد في الفقه - هو سلطة قانونية لشخص على شيء معين - وقد سمي هذا الحق بالحق العيني الاصلي، لان الصلة بين صاحب الحق والشيء صلة مباشرة ، فلا يتطلب الامر تدخل شخص آخر لتمكين صاحبه من استعمال حقه .

والحقوق العينية تنقسم الى قسمين رئيسيين حقوق عينية اصلية وحقوق عينية تبعية. فاذا كان الحق العيني تابعاً علاقة دائنيه بين شخصين أي ضامناً لحق شخصي ، فانه يكون من الحقوق العينية التبعية .

(أ) الحقوق العينية الاصيلة

الحقوق العينية الاصلية ، كما سبق القول ، تتمثل في سلطة مباشرة لشخص على شيء . وهي تقوم مستقلة بذاتها وليست ضمانا لحق آخر . ويعد حق الملكية أهم الحقوق العينيه الاصلية لما يخوله لصاحبه من سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء . وتشمل الحقوق العينية الاصلية - أيضاً- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وهي حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق .

١ - حق الملكية :

يكتسب حق الملكية أهميته من السلطات التي يخولها للمالك ، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف . وفي ذلك، تنص بعض الانظمة العربية على أن « لمالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ويسمي حق الملكية في الفقه الاسلامي «بالملك التام» وهو ما يثبت على رقبة الشيء والمنفعه معا . بحيث يثبت معه للمالك جميع الحقوق المشروعه . واستعمال الشيء، يكون بالافاده منه مباشرة بغير الحصول على ثماره ودون المساس بجوهر الشيء ، مثال ذلك سكنى الدار والبناء على الارض وركوب السيارة .

أما استغلال الشيء، فيكون بالافاده منه بطريق غير مباشر، وذلك بالحصول على ثماره . والثمار هي ما يتولد عن الشيء بصفه دوريه ومتجدده دون مساس بجوهره . والثمار قد تكون مادية وقد تكون مدنية . أما الثمار المادية، فتتولد بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان ، أو بفعل الانسان مثل المزروعات . والنوع الاول يسمى ثمار طبيعية، أما النوع الثاني فيسمى ثماراً صناعية أو مستحدثه بسبب تدخل الانسان في استحداثها . أما الثمار المدنية أو النظامية، فهي ما يغله الشيء من دخل او ريع، مثل أجرة المباني أو الاراضي الزراعية .

أما التصرف في الشيء ، فيعني استخدام الشيء استخداما يستنفده كله أو بعضه . وهو اما تصرف مادي، ويكون بالقضاء على مادة الشيء عن طريق استهلاكه، او اتلافه، او تغيير شكله، او تحويله تحويلا نهائيا لا رجوع فيه . واما تصرف قانوني ونظامي، ويكون ذلك بنقل سلطات المالك كلها او بعضها الى الغير ، سواء كان ذلك بمقابل أم بدون مقابل ، كالبيع والهبه .

واذا اجتمعت هذه السلطات الثلاثة في يد المالك ، كانت له الملكية التامة. على أنه يجوز للمالك ان يتنازل عن بعض هذه السلطات للغير . فيجوز التنازل عن حق الاستعمال وحده أو عن حق الاستعمال وحق الاستغلال . ولكن لا يجوز للمالك ان يتنازل عن حق التصرف والا فقد حق الملكية مضمونه . على أنه يجوز ان يتضمن سند انشاء الملكية شرطا يمتنع

بمقتضاه على المالك التصرف، وهو ما يعرف بالشرط المانع من التصرف .

ويجب لصحة هذا الشرط، أن يكون مبنياً على باعث مشروع حماية للمتصرف أو المتصرف اليه او الغير ، كما يجب ان يكون هذا الشرط موقوتا بمدة معقوله، مثل مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير .

ويلاحظ ان حق الملكية لا ينقضي بعدم الاستعمال مهما طالت مدته ، ما لم يكتسب الغير هذا الحق وفقا لاحكام التقادم المكسب .

٢ - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية :

(أ) **حق الانتفاع** : وهو حق عيني متفرع عن حق الملكية، يخول للمنتفع استعمال الشيء واستغلاله فقط دون التصرف فيه ، اذ يظل التصرف للمالك ، ويسمي المالك في هذه الحالة مالك للرقبة . وطبقا للمذهب المالكي، يصبح المنتفع مالكا للمنفعه . بينما يتفق المذهب الحنفي وفقهاء الانظمه على عدم التفرقه بين ملك المنفعه وحق الانتفاع فكلاهما واحد . ولذلك، يجوز للمنتفع ان يستعمل الشيء فيما أعد له ، كما ان له كذلك الحصول على ثماره . وعلى المنتفع ان يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما اعد له وان يديره ادارة حسنه ، وعلى المنتفع ان يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص العادي ، وهو مسئول عن هلاك الشيء ولو بسبب اجنبي، اذا كان قد تأخر عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .

وينتهي حق الانتفاع بانتهاء المدة المقرره في سند انشائه ، او بهلاك الشيء ، وان كان ينتقل في هذه الحالة الى ما يقوم مقام الشيء من عوض ، كما ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمسة عشرة سنة ، وباتحاد الذمة وبموت المنتفع.

(ب) **حق الاستعمال وحق السكنى** : حق الاستعمال حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه ، وذلك بمقدار ما يحتاج اليه صاحب هذا الحق هو واسرته الخاصة انفسهم . ولذلك فان حق الاستعمال لا يجيز للشخص بيع ثمار العقار اذا كانت تفيض عن حاجته وحاجة اسرته .

أما حق السكنى : فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ، اذ ليس لصاحب الحق ان يستعمل المنزل في غير السكن ، فليس له ان يفتح فيه متجرا ، او ان يستغله بتأجيره للغير .

هذا ويراعى ان حق السكني وحق الانتفاع ينتهيان بوفاة صاحب الحق ، ولا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكني الا بناء على شرط صريح او مبرر قوي .

(جـ) **حق الارتفاق** :

حق الارتفاق من الحقوق العينية الاصلية . وقد عرفته بعض النصوص المدنية، بانه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، وعرفه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية، بانه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الاول .وبذلك، فان حق الارتفاق يعني وجود

تكليف ، يتقرر علي عقار ، لمصلحة عقار آخر ، ويكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين .

ونسمى العقار المثقل بحق الارتفاق بالعقار الخادم ، والعقار الذي تقرر الحق لمصلحته بالعقار المخدوم . ومثال حق الارتفاق بالمرور، ذلك الحق الذي يجوز بمقتضاه لصاحب العقار المخدوم ان يمر الى عقاره عبر العقار الخادم . أما الارتفاق بالمطل، فبمقتضاه يكون لصاحب العقار المخدوم حق فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة النظامية .

ويلاحظ بشأن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية - بصفة عامة - انها تسقط بعدم الاستعمال لمدة خمسة عشرة سنة ،بعكس حق الملكية الذي لا ينقضي بعدم الاستعمال كما اسلفنا القول .

(ب) الحقوق العينية التبعية :

الاصل، ان اموال المدين جميعها ضامنه للوفاء بديونه ، فيجوز للدائن الذي حل أجل الوفاء بدينه ، وامتنع المدين عن الوفاء به ، ان يتخذ اجراءات التنفيذ على أي مال من اموال المدين بعضها او كلها وبيعها بالمزاد تحت رقابة القضاء ويستوفي دينه من حاصل ثمنها ، وهذا الحق مقرر لكل الدائنين على السواء ، واذا لم تكف الاموال المتحصل عليها من التنفيذ للوفاء بديون الدائنين جميعاً ، فانها تقسم بينهم قسمة غرماء ، بمعنى ان يحصل كل دائن على نسبة من دينه حسب نسبة مجموع الديون الى مجموع أموال المدين ، فاذا كان الدائنون ثلاثة ولكل منهم ألفا ريال ، وكان مجموع

اموال المدين ثلاثة آلاف ريال، حصل كل منهم على مائة ريال .

على أن هذا النظام الذي يعرف باسم الضمان العام ، قد يعرض بعض الدائنين لعدم استرداد حقوقهم ، كما انه ينصب على أموال المدين وقت التنفيذ ، فقد يعقد المدين قروضا جديدة فيدخل دائنون جدد يزاحمون السابقين ، الى غير ذلك من المخاطر .

وللتيسير على المدينين ، وخاصة في الحياة التجارية ، سمح النظام بان يحصل الدائن على ضمان خاص من مدينة . وقد يكون هذا الضمان شخصيا وقد يكون عينيا . والضمان الشخصي، هو ما يعرف باسم الكفالة الشخصية ، حيث يقدم المدين كفيلا يضمنه في مواجهة الدائن عند عدم الوفاء . والاصل ان يجرد الدائن مدينه اولا ، اي يستنفد ما يمكنه الحصول عليه من أموال مدينه ، وبعد ذلك يعود وعلى الكفيل فيما يتبقى له من دين . وقد يتفق على التضامن، وعندئذ يجوز للدائن أن يطالب الكفيل والمدين معا بالدين .

أما الضمان العيني الذي يحصل عليه الدائن بحق شخصي ، فهو الذي يطلق عليه الحقوق العينية التبعية . وبمقتضى هذا الضمان، يكون للدائن أن يحصل على ضمان خاص على مال من أموال مدينه . وهذا الضمان الخاص او الحق العيني التبعي، يخول لصاحبه الحق في تتبع الشيء الضامن والتنفيذ عليه في اي يد يكون ، كما انه يخول لصاحبه ايضا الحق في التقدم على غيره من الدائنين العاديين وعلى غيره من الدائنين ذوي الضمان

الخاص التاليين له في المرتبة .

وتتخذ الحقوق العينية والتبعية ، والتي يطلق عليها أيضا التأمينات العينية إحدى صورتين ، إما الرهن وإما الامتياز .

أولاً : الرهن :

يتقرر الرهن على مال المدين ضمانا لدين معين ، والرهن في التشريعات العربية اما ان يكون رهنا قانونيا ، واما ان يكون رهنا اتفاقيا ، واما أن يكون رهنا قضائيا ، فهو يتنوع اذن حسب مصدره ، وما اذا كان نص القانون ، او اتفاق الدائن والمدين ، او حكم القضاء . وقد عرفت المادة ٩٤٠ من مجلة الاحكام الشرعية الرهن، بانه جعل عين مالية وثيقة بدين يمكن اخذه كلاً او بعضاً منها او من ثمنها . كما تشترط مجلة الاحكام الشرعية ان تكون العين المرهونه معلومه القدر والجنس والصفه ، كما يشترط ان يكون الراهن مالكاً للعين المرهونه .

(أ) الرهن القانوني :

الرهن القانوني، هو الذي يتقرر على عقارات المدين بنص صريح في القانون لصالح دائن معين . وبذلك يتمتع الدائن بضمان خاص يميزه عن بقية الدائنين ، وهو ضمان يجيز له تتبع هذه العقارات في اي يد كانت واستيفاء دينه من ثمنها متقدما على غيره من الدائنين .

وفي ذلك، تقتضي بعض النصوص النظامية بانه « يختص بالرهن القانوني :

١ - المتصرف بالعقار على العقار نفسه لاستيفاء الالتزامات الناشئة عن عقد التصرف.

٢ - الورثة والشركاء ومن لهم حق الاقتسام الاخرون ، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الاخرين بسبب القسمة ولإستيفاء ما تقرر له فيها من حصة .

٣ - الدولة على أموال المتهم والمسئول مدنيا حسب احكام قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية .

(ب) الرهن الإتفاقي :

وهو الرهن الذي ينشأ باتفاق بين الدائن والمدين ، وبمقتضاه يلتزم المدين بان يقدم شيئا (عقاراً او منقولاً) ضمانا للوفاء بما عليه من دين ، والرهن الاتفاقي نوعان : الرهن الرسمي والرهن الحيازي .

أما الرهن الرسمي : فهو لا ينعقد الا بورقه رسمية ، وهو بذلك من العقود الشكلية التي لا يكفي رضاء الطرفين لانعقادها ، وقد قصد من اشتراط الرسمية في الرهن ، ان الدائن اذ يتمتع بحق تتبع العقار ولو انتقل الى يد مالك آخر ، لذلك يقتضي تنبيه الغير الى أن العقار مثقل بالرهن ، ولا يرد الرهن الرسمي الا على عقار فلا يرد على منقول . ولا يتخلى المدين عن حيازة العقار المرهون . بل تظل له حيازته ، الا ان غلة العقار المرهون تدخل في الرهن . ولا يحتج بالرهن الرسمي في مواجهة الغير الا من تاريخ

القيد لدى الدوائر العقارية المناط بها ذلك ، ككتاب العدل ، أو الشهر العقاري ، واذا تعدد الدائنون المرتهنون ، تقدم منهم على غيره الا سبق في قيد رهنه .

أما الرهن الحيازي فهو لا يرد على العقار فحسب، بل يرد ايضا على المنقول . وهو يتميز عن الرهن الرسمي بأن حيازة المال المرهون تنتقل في هذه الحالة الى الدائن المرتهن او الى شخص آخر يعينه الطرفان . ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون، وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء او تلفه، ما لم يتبين ان ذلك يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه (راجع في ذلك المواد ٩٧٠ ، ٩٧١ ، من مجلة الاحكام الشرعية) ويخول الرهن الحيازي لصاحبه شأنه شأن الرهن الرسمي الحق في ان يتقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبه . ويلاحظ ان الرهن الحيازي يمكن ان يرد ايضا علي الديون، وذلك بحيازة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون ، بشرط ان يكون الدين قابلا للحواله او الحجز او الرهن الاستحقاقي .

(جـ) الرهن القضائي

ويتقرر هذا النوع من الرهن بامر القضاء، بناء على طلب الدائن، متى كان حاصلاً على حكم واجب النفاذ وكان حسن النية ، وهو لا يتقرر الا على العقارات دون المنقولات ، وتسري عليه - في الاصل - احكام الرهن الرسمي ، فيما عدا ما ورد بشأنه من احكام خاصة .

ثانياً : الامتياز :

الامتياز أولوية يقررها النظام لحق معين مراعاة منه لصفته ، ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في النظام . ومن امثلة حقوق الامتياز في التشريع السعودي، ما جاءت به المادة ١٥٤ من نظام المحكمة التجارية في شأن حقوق الامتياز البحرية ، حيث نصت على أن الديون المبينه فيما يلي يرجع بعضها على بعض وتعد ممتازه بحسب الترتيب التالي :

١ - مصاريف الدعاوى وغيرها من جراء بيع السفينه وتوزيع اثمانها الحاصلة .

٢- اجره المرشدين وما يستحق علي السفينة من رسوم .

٣ - اجره حراسه السفينه ومصاريف المحافظة عليها من وقت دخولها الميناء حتى بيعها جبراً .

٤ - اجرة المخزن الذي تودع فيه ادوات السفينه وآلاتها .

٥ - مصاريف المحافظة على السفينة وباقي ادواتها اثناء سفرها الاخير.

٦ - اجرة القبطان والملاحين الذين كانوا يعملون على السفينه في سفرها الاخير .

٧ - المبالغ التي يقترحها الربان اثناء السفر الاخير .

٨ - المبالغ المتبقيه لبائع السفينه من ثمن بيعها .

٩ - المبالغ المقترضه فرضاً بحرياً على السفينه وآلاتها قبل سفرها من أجل اصلاحها .

١٠ - أقساط التأمين على السفينه وآلاتها .

أما اذا كانت الحقوق الممتازه في مرتبه واحد مستوفي بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد

وترد حقوق الامتياز العامة، على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فهي قاصره على منقول أو عقار معين ، ولا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية . وتسري على حقوق الامتياز الواقعة على العقار أحكام الرهن الاتفاقي بالقدر الذي تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولو كان محلها عقارا ولا يثبت فيها حق التتبع .

ومثال حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات ، المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانه العامة، والمبالغ المستحقة للعمال ، والنفقة المستحقة في ذمة المدين لاقاربه عن الستة شهور الاخيرة .

ومثال حقوق الامتياز الخاصة ، التي ترد على مال معين بالذات ، امتياز بائع المنقول ضمانا لحقه بالنسبة للباقي من الثمن ، ويبقى هذا الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته .

ثانياً : الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية او الالتزامات، هي الطائفه الثانيه من الحقوق المالية ، اذ أن محلها قابل للتقييم بالنقود . والحق الشخصي ، هو استئثار غير

مباشر باداء معين ، وهو يتقرر للدائن قبل المدين . وبمقتضى الحق الشخصي يكون للدائن القدرة على أن يطالب المدين بالقيام باداء معين يلتزم به قبله . والاستئثار - هنا - غير مباشر ، ذلك أن الدائن لا يستطيع ان يتوصل الى حقه مباشرة كما هو الشأن في الحق العيني ، بل يتوصل اليه عن طريق تدخل المدين .

واذا نظرنا الى الحق الشخصي من جانب الدائن ، نجد انه حق دائنيه ، واذا نظرنا اليه من جانب المدين، كان التزاما او مديونية .وقد جرى العمل على اطلاق اسم الالتزام على الحقوق الشخصية . وهذا ما سارت عليه غالبية التشريعات العربية ، عندما نظمت هذه الحقوق في تقنيناتها تحت عنوان الالتزامات او الحقوق الشخصية .

أنواع الحقوق الشخصية :

تتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الاداء الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن او صاحب الحق الشخصي ، فقد يكون موضوع الحق الشخصي التزاما بعمل و بالامتناع عن عمل او التزاما باعطاء :

ا - الالتزام بعمل :

يلتزم المدين في هذه الحالة بالقيام بعمل ايجابي . مثال التزام العامل بالعمل لدى رب العمل ، والتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين . وهنا يكون لصاحب العمل حق شخصي قبل العامل او المقاول ، محله الالتزام بعمل معين .

٢ - الالتزام بالامتناع عن عمل :

في هذه الحالة يلتزم المدين بالامتناع عن فعل شيء كان له ان يقوم به لولا تعهده بالامتناع عنه ، مثال ذلك التزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر في منطقة معينة ، او التزام الفنان بعدم الغناء في مسرح آخر غير الذي تعاقد على الغناء فيه . وهنا نكون بصدد حق شخصي لاحد الطرفين، يستطيع بمقتضاه ان يطالب الطرف الاخر بتنفيذ التزامه بالامتناع عن العمل الذي تعهد بالامتناع عنه .

٣ - الالتزام باعطاء :

يكون الالتزام التزاما باعطاء ، عندما يكون محله نقل حق عيني او انشائه ، ومثال ذلك التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع الأجرة . فمحل الالتزام في هذه الحالة هو نقل ملكية شيء ما الى الدائن ، ومتى انتقلت الملكية، انقضى الحق الشخصي ليحل محله الحق عيني ، وهو حق الملكية.

مصادر الحقوق الشخصية :

لم يحدد المشرع في بعض البلدان العربية أنواع الحقوق الشخصية على سبيل الحصر كما هو الشأن في الحقوق العينية ، بل حدد مصادرها . ومصادر الالتزامات أو الحقوق الشخصية هي العقد ، والارادة المنفرده، والعمل غير المشروع، والاثراء بلا سبب، والقانون .

والعقد هو توافق ارادتين على أحدث اثر قانوني ، سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام او نقله او تعديله او انهاؤه . ويتمتع الافراد في هذا الصدد بحرية واسعه وفقا لمبدأ سلطان الارادة ، مع التقيد بالنظام العام والاداب .

اما الارادة المنفرده ، فيقصد بها انشاء التزام بارادة الملتزم وحده، ومثال ذلك الوعد بجائزه ، فمن وجه للجمهور وعدا بجائزه يمنحها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو كان قد قام به دون نظر الي الوعد بالجائزة او دون علم بها . وتسري بوجه عام احكام العقد على الاراده المنفرده ، باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب اثارا اخرى عدا طريقة انشاء الالتزام .

واما العمل غير المشروع ، فيطلق عليه الفعل الضار او المسئولية التقصيرية، ويقصد به ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض. ولذلك فانه بحدوث الضرر يصبح المضرور دائنا بحق شخصي قبل المسئول الذي كان خطؤه سببا لهذا الضرر ، ويصبح المسئول ، وهو مرتكب الخطأ او من هو مسئول عنه ، ملتزما قبل المضرور بالتعويض .

ويكون الاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام او للحق الشخصي ، عندما يفتقر شخص نتيجة لعمل يعود بالنفع على الغير دون سبب مشروع ، فيصبح المفتقر دائناً للمثري بقيمة الافتقار او الاثراء ايهما اقل . ومن تطبيقات الاثراء بلا سبب، دفع غير المستحق ، اذ يترتب عليه افتقار الدافع واثراء المدفوع اليه ، وكذلك الفضاله اذ يقوم الفضولي بعمل نافع لشخص

آخر لضرورة عاجلة ودون ان يكون ملزما بذلك بحسب الاصول .

وأما عن القانون كمصدر للالتزام او الحق الشخصي، فنصادف ذلك عندما ينشأ الالتزام مباشرة بمقتضى القاعدة القانونية ، ومثال ذلك التزام الاب بالانفاق على ابنائه اذ القانون ينشيء للابناء في هذه الحالة حقوق قبل الاب .

التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية :

تقوم التفرقة التقليدية بين الحق العيني والحق الشخصي ، على اساس ان الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء معين ، وهو بذلك يتحلل الى عنصرين عما صاحب الحق ومحل الحق وهو الشيء . أما الحق الشخصي فيخول صاحبه سلطة مطالبة شخص آخر بعمل معين او بامتناع عن عمل ، وهو بذلك يتحلل في الواقع الى ثلاثة عناصر هي صاحب الحق او الدائن ، والملتزم او المدين ، ومحل الحق وهوالعمل او الامتناع الذي يلتزم به المدين .

ومع ذلك ، فقد حاول جانب من الفقه الحديث الغاء التفرقه بين الحق الشخصي والحق العيني، سواء بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، او على العكس من ذلك بتقريب الحق الشخصي الى الحق العيني .

أما محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، فترتكز اساسا على ابراز فكرة الرابطة بين الاشخاص في الحق العيني ، كما هو الشأن في الحق الشخصي، ولذلك تعرف هذه المحاولة باسم النظرية الشخصية ، وتقوم هذه

النظرية على أنه اذا كان الحق الشخصي يتحلل الى ثلاثة عناصر هي الدائن والمدين ومحل الحق وهو العمل او الامتناع الذي يجب على المدين القيام به ، فان الحق العيني يتحلل بدوره الى ثلاثة عناصر، هي صاحب الحق ، ومحل الحق وهو الشيء والمدين وهو هنا كافة الناس عدا صاحب الحق ،اذ انهم يلتزمون التزاما سلبيا باحترام هذا الحق والامتناع عن التعرض لصاحبه . فكل حق سواء كان شخصيا او عينيا يتضمن في الواقع رابطة بين الاشخاص ، غاية الامر ان المدين في الحق الشخصي شخص معين ، بينما المدين في الحق العيني هم كافة الناس .

على أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح ، فمثل هذا الالتزام السلبي العام الواقع على الكافه ، لا يصلح لان يجعل من هؤلاء الكافة طرفا في الحق العيني ، فمثل هذا الالتزام قائم ايضا بالنسبة للحق الشخصي ، اذ يجب على الكافة عدم مراجعة الدائن في حقه الشخصي قبل المدين ، او الاعتداء على حقه او التعرض له في اقتضاء هذا الحق . فضلا عن ذلك، فان هذا الالتزام السلبي العام لا يدخل في عناصر تكوين الحق ، بل هو تال لوجوده كوسيله لحمايته ، فمثل هذا الالتزام السلبي العام يفترض سبق تكون الحق .

وأما عن محاولة تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، فيطلق عليها النظرية المادية ،وهي ترتكز على الاهتمام بمحل الحق وليس باطرافه . فالحق الشخصي لا ينظر اليه على أنه رابطة بين شخصين ، بل على أنه عنصر

مالي يتجرد عن شخص الدائن وعن شخص المدين . وفي ذلك، يقترب الحق الشخصي من الحق العيني الذي يمثل بدوره عنصرا ماليا . وقد قامت هذه النظرية اساسا لتبرير نشوء الالتزام قبل تحديد الدائن ، كما هو الشأن في التأمين على الحياة لمصلحة الابناء الذين قد يوجدون في المستقبل ، ولم يكونوا موجودين وقت ابرام عقد التأمين في الدول التي تعرف هذا النوع من التأمين ، فالحق سواء كان عينيا او شخصيا يرد على قيمة مالية هي جوهرة ، وبذلك تزول التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي .

ولم يكتب لهذه النظرية النجاح بدورها ، اذ في بعض الاحوال لا يتصور تجاهل شخص المدين في الحق الشخصي ، كما هو الشأن في الالتزام بعمل، عندما تكون شخصية العامل الملتزم محل اعتبار في التعاقد ، كما لو تعاقد شخص مع محام معين للدفاع عنه او طبيب معين لعلاجه .

لذلك ، ظلت قائمة تلك التفرقه التقليدية بين الحق العيني والحق الشخصي، فالحق العيني سلطه مباشرة لشخص على شيء ، بينما الحق الشخصي سلطة تخول للدائن اقتضاء اداء معين من شخص آخر هو المدين . وقد اخذت معظم التقنيات العربيه بهذه التفرقه ، فنجد التقنين المدني المصري يقسم المجموعه المدنيه الى قسمين تكلم في القسم الول منها عن الالتزامات او الحقوق الشخصية ، وتكلم في الثاني عن الحقوق العينية .

آثار التفرقة بين الحق العين والحق الشخصي

يترتب على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، النتائج الهامه

التالية

١ - الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر ، أما الحقوق الشخصية فتتعدد ، وتتنوع وفق ارادة الافراد ، مع التقيد بالنظام العام والاداب .

٢ - الحق العيني حق مطلق، بينماالحق الشخصي حق نسبي، ومفاد ذلك ان الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء ، بينما الحق الشخصي يتطلب تدخل المدين لوصول الدائن لاقتضاء محل الحق .

٣ - يخول الحق العيني دون الحق الشخصي حق التتبع ، ذلك ان الحق العيني بما يخوله من سلطة للشخص على الشيء يخلق رابطة مباشرة بين الشخص والشيء ، وبذلك يظل هذا الشيء خاضعا لسيطرة صاحب الحق وله ان يتتبعه في اي يد كان . اما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه حق التتبع ، ذلك انه يفترض تدخل المدين لوصول الدائن الى محل الحق وهوالعمل او الامتناع .

٤ - يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق الافضلية ، ذلك أن صاحب الحق العيني يستأثر بسلطة على شيء ولا يزاحمه فيها أحد . ولذلك نقول، ان هناك أفضلية لاصحاب الحقوق العينية على أصحاب الحقوق الشخصية ، وهذا ما دعى الى تقرير الحقوق العينية التبعية ضمانا للحقوق الشخصية ، اذ الحقوق الشخصية لا تعطي افضلية بذاتها على مال من اموال المدين ، بل الدائنون العاديون متساوون في مراكزهم قبل المدين .

٥ - الحق العيني دون الحق الشخص يرد على شيء حال ومعين بالذات ، فالحق العيني يخول صاحبه سلطة على شيء ، فموجب اذن ان يتركز في شيء معين بالذات . أما الحق الشخصي فمحله عمل المدين ، ولذلك يتصور ان ينشأ هذا الحق متعلقا بشيء غير معين بالذات ، ويكفي ان يكون معينا بنوعه ومقداره . ولذلك، فان بيع كمية من الحبوب غير معينه بالذات يولد حقا شخصيا للمشتري ، ولكنه ينقلب الى حق عيني (حق ملكية) يوم تتحدد هذه الكمية بالذات اي بافرازها .

ثالثاً : الحقوق المعنوية

الى جانب الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، ثمة نوع ثالث من الحقوق كشف عنه العصر الحديث ، وهو الحقوق التي ترد على اشياء غير مادية . ويطلق عليها الفقه اصطلاح الملكية الادبية او الفنية او الصناعية ، ويطلق عليها ايضا الحقوق المعنوية او الادبية .والحقوق المعنوية تنقسم الى نوعين رئيسيين ، هما الملكية الصناعية والحقوق الذهنية او باصطلاح ادق حق المؤلف .

اما **الملكية الصناعية** ، فتنصرف الى استئثار الصانع او التاجر بالقيم غير المادية المتعلقة بالنشاط الصناعي او التجاري . واهم صور الملكية الصناعية براءات الاختراع والرسوم والنماذجالصناعية ، والعلامات التجارية ، والاسم التجاري .

وبراءة الاختراع ، هي شهادة رسمية تمنح عن ابتكار جديد قابل

للاستغلال الصناعي ، سواء كان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة ، ام بطرق او وسائل صناعية مستحدثه ، او تحسين المنتج او طريقة صنعه . وعلى ذلك، يكون الشرط الجوهري الواجب توافره في الاختراع الذي تمنح عنه البراءة شرط الجدة . وتمنح البراءة للمخترع بجميع الطرق . وقد اهتمت المملكة العربية السعودية بتنظيم موضوع براءة الاختراع ، فاصدرت لذلك نظاما خاصا سمى باسم نظام براءة الاختراع رقم ١٤٠٩/٣٨هـ .

والرسم الصناعي هو كل ترتيب للخطوط بالوان او بغير الوان . اما النموذج الصناعي فهو شكل معين لانتاج صناعي يوفر له ذاتيه متميزه . ويختلف الرسم عن النموذج ، في أن الاول يوضع على السلعه لتجميلها ، في حين ان الثاني هو شكل السلعه ذاتها .

والعلامة التجارية ، هي كل رمز أو اشارة تستخدم لتمييز البضائع او للدلاله على مصدرها ، او نوعها ، او مرتبتها ، او ضمانها ، او طريقة تحضيرها . ويجري استعمال العلامات التجارية على المنتجات التجارية او الصناعية ، كما يجوز استعمالها للمنتجات الزراعية او مستخرجات الارض.

وقد اصدرت المملكة العربية السعودية نظاماً خاصاً ، عرف باسم نظام العلامات التجارية، وقد عالج هذا النظام صور العلامة واجراءات تسجيلها وتحديدها وشطبها ، ونقل ملكيتها ، ورهنها ، والحجر عليها ، وعقود التراخيص ، والعلامات الجماعية .

اما الإسم التجاري ، فيستخدم للدلاله على منشأة تجارية او صناعية يكسبها ذاتية خاصة ويميزها عن غيرها من المنشآت المماثله لها . ويختلف الاسم التجاري عن العلامة التجارية، في انه يخصص لتمييز المؤسسة ذاتها ، بينما تعد العلامة لتمييز السلعه التي تنتجها وتبيعها هذه المؤسسة.

ولما كانت الملكية الصناعية تدرس بقسم الانظمه تحت مسمى الملكية الصناعية، التجارية، فاننا سنقتصر هنا على دراسة النوع الثاني من الحقوق المعنوية، وهوالحقوق الذهنية او الملكية الادبية والفنية ، او ما يطلق عليها من قبل المشرع حقوق المؤلف .

الحقوق الذهنيه او حق المؤلف

تمهيد

يقصد بحق المؤلف ، ما يثبت للشخص من حقوق على نتاج فكرة ، ايا ما كان المظهر الذي تبرز فيه هذه الافكار الى الوجود . وقد اهتمت كافة الدول فى العصر الحديث بحماية الحقوق الذهنية او حق المؤلف، وتنظيمها بقوانين خاصة . وفي السعودية صدر النظام رقم ١١ بتاريخ ١٩/٥/١٤١٠هـ لحماية حق المؤلف متأثرا بالاتجاهات الحديثة فى حماية حقوق المؤلف .

وندرس فيما يلي حق المؤلف ، فنتناول معيار هذا الحق ، وبيان من هو

المؤلف الذي يتمتع بحماية النظام ، وطبيعة حق المؤلف ، واخيرا حماية هذا الحق .

المصنفات المشمولة بالحماية :

اذا كان النظام يشمل حق المؤلف بحمايته ، فيجب الوقوف على معيار هذه الحقوق لمعرفة متى نكون بصدد مصنف مما يقصده النظام ، وقد عني النظام بتمييز المصنف بفكرة الابتكار. وفي ذلك تقتضي الماده الثانية من هذا النظام بانه " يتمتع بحماية هذا النظام مؤلفوا المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات او طريقة التعبير عنها أو اهميتها او الغرض من تصنيفها.

وقد نصت المادة الثالثة من النظام، على أن الحماية تشمل بصفة خاصة المصنفات المكتوبة والمصنفات الداخله في فنون الرسم والتصوير بالخطوط او الحفر او النحت او العماره ، والمصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ، والمصنفات الموسيقية سواء اقترنت بالالفاظ او لم تقترن بها . والمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية ، والخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكيه) ، والمصنفات المجسمه المتعلقة بالجغرافيه او الطبوغرافيا او العلوم ، والمصنفات التي تؤدي بحركات او خطوات وتكون معده ماديا للاخراج . والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . والمصنفات التي تعد خصيصا او تذاع بواسطة الاذاعه اللاسلكية او التليفزيون ، واعمال الرسوم

واعمال الفن التشكيلي والعماره والفنون الزخرفية .

كما نصت المادة الخامسة على أن يتمتع بالحماية المقرره بمقتضى نظام حقوق المؤلف :

١ - كل من قام باذن من المؤلف بترجمة المصنف الى لغة أخرى .

٢ - كل من قام بتحقيق المصنف او تلخيصه او بتحويره او بتعديله او بشرحه او التعليق عليه باي صوره تظهره في شكل جديد .

٣ - مؤلفو الموسوعات والمختارات من الشعر او النثر وغيرها التي تعتبر من حيث اختيار وترتيب محتوياتها اعمالا فكرية .

وقد اكدت المادة الخامسة مبدأ مستقر في فقه القانون، بان الحماية التي يتمنع بها من ورد ذكرهم في المادة الخامسة لا تخل باي حال بالحماية التي يتمتع بها مؤلفو المصنفات الاصلية. وأخيرا يجب ان تراعي ما جاءت به المادة ٢٣ من النظام من شروط . حيث نصت المادة على سريان احكام نظام حماية حقوق المؤلف علي المصنفات التالية

١ - مصنفات المؤلفين السعوديين والاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لاول مره في المملكة .

٢ - مصنفات المؤلفين السعوديين التي تنشر او تعرض او تمثل لاول مرة في بلد اجنبي .

ثانياً : المصنفات غير المشموله بالحماية :

نصت المادة السادسة من نظام حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية

على أن لا تشمل الحماية المقرره في النظام المصنفات التالية

(١) الانظمه والاحكام القضائيه ، وقرارات الهيئات الاداريه ، والاتفاقيات وسائر الوثائق الرسمية وكذلك الترجمات الرسمية لهذه النصوص.

٢ - ما تنشره الصحف والمجلات والنشرات الدوريه، سواء كانت من الاذاعه والتليفزيون من الاخبار اليومية او الحوادث ذات الصبغه الاخبارية .

نطاق الحماية القانونية :

نصت المادة الثانية من نظام حماية حقوق المؤلف على أن يتمتع بحماية هذا النظام مؤلفو المصنفات المبتكره في العلوم والاداب والفنون ايا كان نوع هذه المصنفات او طريقة التعبير عنها او أهميتها او الغرض من تأليفها .

وباستقراء هذا النص، يتضح لنا ضرورة بيان المقصود بالمصطلحات التالية

المصنف ، المؤلف ، الابتكار ، حيث ان توضيح دلالات هذه الالفاظ يسهم الى حد كبير في تحديد نطاق الحماية القانونية التي جاء بها نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية .

(أ) المقصود بمصطلح المصنف :

استشعر واضعو نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة، بضرورة وضع تعريف دقيق لمصطلح المصنف ، وعليه تولت المادة الاولى من النظام بيان المقصود بلفظة المصنف التي وردت في نصوص النظام ، وقد حددت المادة

الاولى المقصود بالمصنف بانه كل عمل ادبي او علمي او فني لم يسبق نشره.

(٢) المقصودة بلفظة المؤلف :

نصت المادة الاولى من نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة على أن المؤلف هو اي شخص نشرالمصنف منسوبا اليه ، سواء بذكر اسمه على المصنف ام بأية طريقة من الطرق المتبعه في نسبة المصنفات لمؤلفيها .

(٣) المقصود بمصطلح الابتكار في المصنف :

نصت المادة الاولى على تعريف الابتكار بانه الانسان الذي توافرت فيه عناصر الجدة او تميز بطابع خاص غير معروف من قبل ، ومن ثم ينصرف مدلول لفظة الابتكار، الى كل مجهود ذهني يبرز شخصية ، متميزه للمؤلف ، فاذا كان للمؤلف دور في المصنف يبرز شخصيته فان ذلك يعد ابتكاراً .

وقد يرد الابتكار على موضوع المصنف، او على الطريقة التي يعالج بها هذا الموضوع من حيث تنظيمه وترتيبه، او على الاسلوب المستخدم في عرض الافكار التي وردت بالمصنف .

وعلى ذلك ، فان تأليف كتاب في موضوع يعد ابتكاراً ، وكذلك يعد ابتكارا عرض موضوع سابق في تلخيص او اسهاب او تعليق او باعادة ترتيبه وبتجميع عدة مؤلفات بطريقة تبرز فيها ناحية معينة لا تتوفر من مجرد تجميعها . أما مجرد التجميع لمصنفات سابقة او للاحكام او نصوص القوانين فلا يعد ابتكارا مما يحظى بحماية حق المؤلف .

تحديد شخص المؤلف :

عرفنا ان معيار حق المؤلف هو الابتكار ، وان صاحب هذا الحق هو المؤلف ، ويكون تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يسيرا اذا كان فردا واحدا ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوبا الى شخص معين - سواء بذكر اسمه على المصنف او بطريقة أخرى - قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق على مؤلفه ، بيد ان هذه القرينة ليست قاطعه بل يجوز اقامة الدليل على عكسها واظهار المؤلف الحقيقي للمصنف - أو المؤلف المستتر - وعندئذ يثبت له وحده دون المؤلف الظاهر حق المؤلف .

على أنه في بعض الفروض قد يكون المصنف مشتركا او جماعيا .

(أ) **المصنف المشترك** : وهو الذي يشترك في اخراجه اكثر من شخص ، وفي هذه الحالة يثبت حق المؤلف على هذا المصنف لكل من اشتراك في اخراجه . الا انه يجب ان يفرق في ذلك بين فرضين .

الفرض الاول : ان يكون اشتراك المؤلفين للمصنف مما لا يمكن معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك وفي هذه الحالة لا يجوز لاحدهم مباشرة الحقوق المترتبه على حق المؤلف الا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين . (المادة ١/٩ من نظام حماية حقوق المؤلف) .

الفرض الثاني : ان يشترك عدة اشخاص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك ، وعندئذ يكون لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة ، بشرط الا يضر ذلك

باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق علي غير ذلك (المادة ١/٩ من نظام حماية حقوق المؤلف) .

(ب) **المصنف الجماعي** : وهو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي او اعتباري يتكفل بنشره تحت ادارته ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد اليه هذا الشخص الطبيعي او المعنوي، بحيث لا يمكن فصل عمل من المشتركين وتمييزه على حده .

وفي هذه الحالة، يعتبر الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفا ، يكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف .

(المادة ٣/٩ من نظام حماية حقوق المؤلف) .

طبيعة حق المؤلف :

ذهب الفقه والقضاء - في بداية الامر - الى تكييف حق المؤلف على أنه من الحقوق العينية اذ هو لا يعدو كونه حق ملكية للمؤلف على المصنف الذي انتجه، ولكن هذا التكييف يصطدم مع ما يتصف به حق الملكية من انه يرد على الاشياء المادية وحدها ، وانه حق دائم وابدي ، وانه حق مالي خالص . ذلك ان حق المؤلف يرد على اشياء غير مادية ، وهو موقوت بمده معينه يحددها النظام كما انه يتضمن في الواقع جانبا ادبيا هاما يتصل اتصالا وثيقا بشخصية المؤلف، مما ينعكس على طريقة استعماله لحقوقه على المصنف الذي انتجه .

لذلك اتجه الفقه المعاصر الى تكييف حق المؤلف بانه حق من نوع خاص

ذو طبيعة مزدوجة ، اذ هو يجمع في الواقع بين حقين مختلفين : حق معنوي يعبر عن حماية شخصية المؤلف لاستغلال مصنفه استغلالا ماليا .

ونعرض في دراسة طبيعه حق المؤلف لجانبي هذا الحق : الجانب الادبي او الحق الادبي ، والجانب المالي او الحق المالي .

ا · الحق الادبي :

يعبر الحق الادبي عن الصله الوثيقه بين شخص المؤلف وبين نتاجه الفكري او الذهني وهو المصنف . ولذلك، يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعدده تمكنه من حماية شخصيته الادبيه التي عبر عنها نتاجه الذهني وهذه السلطات هي سلطة النشر وسلطة تعيين نسب المصنف وسلطة تعديل وسلطة السحب .

ا - سلطة النشر :

للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه ، او عدم نشره وفي تعيين طريقة هذا النشر . ذلك ان المصنف ما هو الا جانب من جوانب الشخصية الادبيه للمؤلف ، ومن ابرز مظاهر حماية هذه الشخصية اعطاء المؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه او عدم نشره او الطريقة التي ينشر بها . فقد يجد المؤلف ان المصنف غير صالح للنشر - من وجهة نظره - بسبب عدم نضوج المصنف او بسبب تغيير الظروف ، فاليه وحده يرجع تقرير النشر او الامتناع عنه دون معقب عليه فى ذلك .

واذا استعمل المؤلف حقه وسلطته في نشر المصنف ، فالاصل انه لا يجوز

للغير - دون اذن من المؤلف ودون تعويضه - ان يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر او التقديم ولو بطريقة اخرى ، الا ان المشرع يخرج على هذا الاصل في بعض الحالات فيجيز تكرار النشر او تقديم المصنف بطريقة اخرى دون اذن من المؤلف ، مراعاة للصالح العام وتيسيرا لسبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري . وهذه الاستثناءات هي :

١ - استنساخ المصنف او ترجمته او اقتباسه او تحويره للاستعمال الشخصي .

٢ - الاستشهاد بفقرات من مصنف في مصنف آخر بشرط ان يكون الاستشهاد متمشياً مع العرف وان يكون بالقدر الذي يبرره الهدف المنشود .

٣ - الاستعانه بالمصنف على سبيل الايضاح في التعليم بواسطة مطبوعات او برامج اذاعية او تسجيلات صوتيه مرئيه وفي حدود الهدف المنشود .

٤ - ا ستنساخ او نشر المقالات الاخبارية السياسية او الاقتصادية او الدينية المنشوره في الصحف .

٥ - استنساخ اي مصنف يمكن ان يشاهد او يسمع بمناسبة عرض احداث جارية وفي حدود الهدف الاعلامي المراد تحقيقه ومع الاشاره الى اسم المؤلف.

٦ - استنساخ مصنف ادبي او فني او علمي بالتصوير الفوتوغرافي او بطريقة مشابهه اذا وضع في مكتبة عامة .

٧ - استنساخ الخطب والمحاضرات والمرافعات القضائية وغيرها من

المصنفات المشابهه المعروضه علنا على الجمهور .

٨ - كل عرض او اداء او تمثيل للمصنف بعد نشره في جمعية او ناد او مدرسة ما دام هذا العرض او الاداء او التمثيل لا يأتي باي حصيلة مالية بطريقة مباشرة او غير مباشره .

٩ - ايقاع او اداء المصنف بعد نشره من قبل الفرق الموسيقية التابعه للقوات العسكرية او الفرق التابعه للدوله ، مادام هذا الايقاع او الاداء لا يأتي باي حصيلة مالية .

١٠ - التقاط صور جديدة لاي شيء سبق تصويره فوتوغرافيا ونشرت الصوره حتى ولو اخذت الصوره الجديدة من ذات المكان وفي نفس الظروف التي اخذت فيها الصوره الاولى .

٢ - سلطة تعيين من ينسب المصنف اليه :

للمؤلف وحده الحق في ان ينسب اليه مصنفه وفي ان يدفع اي اعتداء يقع على هذا الحق . فيجوز للمؤلف ان ينشر المؤلف حاملا اسمه ، وله كذلك ان ينشره باسم مستعار امام اعتبارات خاصة تملي عليه من وجهة نظره عدم الكشف عن شخصيته الحقيقة ، وله ان ينشره بدون اسم مطلقا لذات الاعتبارات . واذا تم النشر باسم مستعار او بدون اسم ، فان المؤلف يظل مع ذلك محتفظا دائما بحقه في الكشف في اي وقت عن نسبة المصنف اليه ، فهو حق متصل بشخصه لا يسقط بالنزول عنه او بعدم استعماله مهما طالت

المده على ذلك (راجع في ذلك المادة ١/٢/٧ من نظام حماية حقوق المؤلف) .

٣ - سلطة التعديل :

للمولف وحده ان يمنع اي حذف او تغيير في مصنفه . فالحق في الحذف او التغيير او التحوير او التطوير يثبت للمؤلف وحده دون غيره (المادة ٢/٧ جـ من نظام حماية حقوق المؤلف) .

على أنه اذا حصل الحذف او التغيير في ترجمة المصنف مع ذكر ذلك فلا يكون للمؤلف الحق في منعه الا اذا اغفل المترجم الاشاره الى موطن الحذف او التغيير او ترتيب على الترجمة مساس بسمعه المولف او مكانته العلمية.

٤ - سلطة السحب :

للمولف الحق في سحب مصنفه من التداول ووقف نشره او عرضه او اذاعته . ذلك انه قد يرى من وجهة نظره الخاصه ان في استمرار تداول المصنف مساس بسمعته العلمية او الشخصية الادبيه لظروف يقدرها .

على أنه اذا كان في سحب المؤلف من التداول مساس بحقوق مالية لشخص آخر تنازل له المؤلف عن حق النشر فانه يجب الاتفاق مع هذا الاخير وتعويضه او الرجوع الى القضاء لتقدير مدى جدية وخطورة الاسباب التي دعت المؤلف الى سحب المصنف من التداول وتقدير التعويض الملائم للطرف الاخر .

(راجع المادة ٢/٧ د من نظام حماية حقوق المؤلف) .

خصائص الحق الادبي للمؤلف :

قلنا ان السلطات التي يخولها الجانب الادبي من حق المولف ، تنبع اساسا من ان الحق الادبي - كشق من حق المؤلف - يعد لصيقا بشخص المؤلف ، اذ المصنف تعبير عن الشخصية الادبيه لمؤلفه . وقلنا انه يترتب على ذلك ان هذا الحق الادبي للمؤلف يعطيه سلطات النشر ونسبة المصنف والتعديل والسحب . بقي اخيرا ان نعرض لخصائص هذا الحق الادبي في ذاته باعتباره حقا من الحقوق اللصيقه بالشخصيه .

١ - يتميز الحق الادبي للمؤلف اولا بانه قابل للتعامل فيه لذلك فان كل تصرف في الحق في نشر المصنف وفي تعديله وفي نسبته يعد باطلا .

٢ - يعتبر باطلا تصرف المؤلف في مجموع انتاجه الفكري المستقبل.

٣ - لا يجوز الحجز على حق المؤلف وانما يجوز الحجز على قيم المصنف الذي تم نشره ، ولا يجوز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفه قاطعه انه استهدف نشرها قبل وفاته .

٤ - لا يسقط الحق الادبي للمؤلف بالتقادم او بعدم الاستعمال مهما طالت المدة .

٥ - ينتقل الحق الادبي للمؤلف الى ورثته . فلهم وحدهم الاستمرار في نشر مؤلفاته ، والحق في تقدير نشر مؤلفاته التي لم تنشر في حياته . ولهم وحدهم اعطاء اذن مكتوب بادخال تعديل او تحوير على المصنف او ترجمته الى لغه اخرى ، وهم يتمتعون بحماية القانون عما قام به مورثهم من تعريب

للمصنفات او ترجمتها او بتحويلها من لون من الالوان الآدب او الفنون او العلوم الى لون آخر بما قام بتلخيصه او بتحويره او بتعديله او بشرحه او بالتعليق عليه باي صوره تظهر في شكل جديد .

على أن انتقال الحق الادبي للمؤلف الى ورثته يكون مقيدا بقيدين : قيد يتصل بشخصية المؤلف المورث وقيد يتصل بالصالح العام .

فأما القيد الاول فقد نصت عليه المادة ١/٦ من النظام حيث توجب مراعاة ما اوصى به المؤلف من قيود تتعلق بحق الورثة في نشر مؤلفاته التي لم تنشر في حياته ، كأن يوصي بعدم نشرها او نشرها بعد مدة معينة من وفاته . واذا كان المؤلف قد حدد في الاصل - ولو قبل وفاته - موعدا للنشر فلا يجوز نشر المصنف قبل انقضاء الموعد المذكور .

والقيد الثاني المتمثل في الصالح العام فقد نصت عليه الماده ١٨ من النظام حيث انه اذا لم يباشر الورثه او من يخلف المؤلف حق النشر الذي انتقل اليهم نله ان يطلب اليهم نشره بكتاب مسجل . فاذا انقضت سنه من تاريخ الطلب ولم يعرب خلف المؤلف عن استعداهم للنشر او صرحوا بامتناعهم عنه كان له مباشره هذا الحق بعد سماع وجهة نظرهم امام ديوان المظالم وان يدفع لورثة المؤلف تعويضا عادلا .

٢ - الحق المالي :

يعتبر الحق المالي هو الجانب الثاني من جوانب حق المؤلف الى جانب الحق

الادبي . ويعتبر الحق المالي ، كشق من حق المؤلف ، عن الحق في احتكار المؤلف استغلال مصنفه والحصول على العائد المادي الذي يدره هذا المصنف وذلك بطريقة مباشرة او عن طريق ناشر نظير جزء من العائد الذي يدره المصنف .

ويتميز الحق المالي بدوره بالخصائص التالية :

١ - للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا باي طريقة من طرق الاستغلال المشروعه ولا يجوز لغيره مباشره هذا الحق دون اذن كتابي سابق منه او ممن يخلفه .

٢ - يتضمن حق المولف في الاستغلال نقل المصنف الى الجمهور مباشرة وخاصة بالتلاوة العلنية او التوقيع الموسيقى او التمثيل المسرحي او العرض العلني او الاذاعه او الصور او السينما او الاذاعه المرئيه او في مكان عام ، او بطريقه غير مباشرة بنسخ صور منه تكون متناول الجمهور عن طريق الطباعه او الرسم او الحفر او التصوير الفوتوغرافي او الصب في قوالب او باي طريقة اخرى من طرق الفنون التخطيطية او المجسمه او عن طريق النشر الفوتوغرافي او السينمائي او بغير ذلك من الطرق .

٣ - ينتقل الحق المالي للمولف الى ورثته وحدهم ، واذا كان المصنف مشتركا ومات احد المؤلفين دون ان يترك وارثا او موصى له فان نصيبه يؤول الى من يستحقه حسب احكام الشريعه الاسلامية (المادة ٣/١٧) .

٤ - حق الاستغلال المالي حق موقوت ، فهو ينتهي بانتهاء حماية حق

المؤلف وذلك باعتبار ان حق المؤلف في ذاته لا يتمتع بالحماية الا لمدة محدودة .

٥ - في المصنفات الجماعية يكون الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي وجه الى ابتكار المصنف ونظمه مؤلفا ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف بما فيها الحق المالي او حق الاستغلال .

٦ - الحق المالي يقبل الانتقال الى الغير ، فيجوزر ان ينقل الى الغير حق استغلال مصنفه ماليا ، او حق نقله الى الجمهور بطريق مباشر او غير مباشر ، او حق ترجمته او اظهاره للجمهور في ثوب جديد . على ان نقل احد هذه الحقوق لا يترتب عليه اعطاء الحق في مباشره حق آخر . ويشترط لصحة التصرف ان يكون مكتوبا وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . وعلى المؤلف ان يمتنع عن اي عمل من شأنه تعطيل استعماله الحق المتصرف فيه .

وللمؤلف ان يتصرف في حقوقه على المصنف على اساس مشاركة نسبية في ايراد الناتج من الاستغلال او ببدل معلوم سواء كان التصرف كليا او جزئيا ومع ذلك، فانه اذا تبين ان الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف، او اصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنه بين مصلحة الطرفين، ان يقضي للمؤلف علاوه ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافي الذي ينتج من استغلال المصنف .

توقيت الحماية للحق المالي للمؤلف

من المستقر في فقه الانظمه ، أن الحق المالي للمؤلف موقوت بمدة معينة ينقضي بانقضائها ، ويغدو بانقضائها من التراث الفكري العام ، وقد حددت المعاهدات الدولية الخاصة بحماية حقوق المؤلف حق الاستغلال المالي للمؤلف بخمسين سنه تبدأ من وقت وفاة المؤلف واخذت كثير من الدول ، ومنها السعوديه بهذه القاعده - حيث جاءت المادة ٢٤ من نظام حماية حق المؤلف بقاعدة عامة ، ثم أوردت استثناءات على هذه القاعدة . وطبقا للقاعدة العامة التي نص عليها النظام السعودي ، تستمر حماية حق المؤلف في المصنف مدى الحياة ولمدة خمسين سنه بعد وفاته . ومن ثم ينقضي حق الاستغلال المالي للمؤلف بمضي خمسين سنه على وفاته ، وقد اورد النظام السعودي على هذه القاعدة العامة الاستثناءات التالية:

١ - تكون مدة حماية حق المؤلف خمساً وعشرين سنه ، تبدأ من تاريخ النشر في المصنفات الصوتية ، او الصوتية المرئية ، أو الصور الفوتوغرافية، أو اعمال الفنون التطبيقية .

٢ - بالنسبة للمصنفات المشتركة ، تحسب مدة الحماية من تاريخ وفاة اخر من بقي حيا من مؤلفيها .

٣ - تحسب مدة الحماية في المصنفات التي يكون المؤلف فيها شخصاً معنويا ، من تاريخ اول نشر للمصنف .

٤ - اذا كان المصنف مكونا من عدة اجزاء او مجلدات بحيث تنشر

منفصلة او على فترات ، فيعتبر كل جزء او مجلد منها مصنفا مستقلا بالنسبة لحساب مدة الحماية .

جزاد الاعتداء على حقوق المؤلف :

طبقا لنص المادة ٢٨ من نظام حماية حق المؤلف ، يعاقب المعتدي على حق المؤلف بغرامه لا تتجاوز عشره الاف ريال ، او باغلاق المؤسسه او المطبعه التي اشتركت في الاعتداء على حق المؤلف ، لمدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما او بهما معا ، بالاضافه الى تعويض صاحب الحق عما لحقه من ضرر ، وفي حالة العود الى إرتكاب الاعتداء ، سواء على ذات المصنف او غيره يعاقب المعتدي بزيادة الحد الاقصى ، بشرط الا يتجاوز عشرين الف ريال . كما يجوز الحكم في حالة العود باغلاق المؤسسة او المطبعه مده لا تتجاوز تسعين يوما .

كما أجاز النظام للجنة المختصه بتوقيع العقاب على المعتدي ، وبناء على طلب من صاحب الحق المؤلف ، أن تأمر بمصادرة او اتلاف جميع نسخ او صور المصنف التي ترى أنها عملت بطريق الاعتداء على حق المؤلف ، وكذا المواد المخصصه او المستخدمه في ارتكاب الجريمة ، او التصرف فيها بالطريقة التي تراها مناسبة ، ولحين الفصل في موضوع الاعتداء على حق المولف .

كما يجوز للجنة المختصه ، اصدار قرار مؤقت بوقف النشر او عرض

المصنف ، او الحجز على النسخ او الصور التي استخرجت منه او حصر الايراد الناتج عن النشر او العرض او اي اوامر مؤقته تراها ضرورية لحماية حقوق المؤلف .

الباب الثاني
أركان الحق

سبق وأن عرضنا لتعريف الحق ، وتمشياً مع الرأي الراجح في الفقه ، بانه استئثار شخص بشيء او بقيمة استئثارا يحميه القانون ، فاننا ومن خلال هذا التعريف نتبين أركان الحق . فهناك أولا صاحب الحق ، وهو الشخص الذي يستأثر بالشيء أو بالقية ، وهناك ثانيا محل هذا الاستئثار ، وهو الشيء أو القيمة ذاتها ، وهناك اخيرا حماية القانون لهذا الاسئثار . فأركان الحق إذن ثلاثة ، هي صاحب الحق ، ومحل الحق ، والحماية القانونية . وهو ما نعرض له على التوالي .

الفصل الأول
صاحب الحق

تمهيد :

من الامور المستقرد في فقه الشريعه والانظمه ، أنه لابد للحق من صاحب ينسب اليه . وصاحب الحق ، هو الشخص الذي يستأثر في مواجهة الاخرين بالمزايا والسلطات التي يخولها الحق . ومن ثم كان صاحب الحق دوما شخصا من الاشخاص والاصل ان صاحب الحق هو الشخص الطبيعي أي الانسان ، الا ان الحياة الاجتماعية الحديثة دعت الى ابتداع الشخص الاعتباري الى جانب الشخص الطبيعي .

والشخص في لغة القانون ، هو من يصلح لان يكون مخاطبا باحكام الشريعه ، والقانون ، فمن يخاطبه القانون باحكامه تكون له شخصية قانونية . وهذه الشخصية القانونية او الصلاحية لتلقي الخطاب الشرعي والقانوني ، تتوافر لدى الانسان (الشخص الطبيعي) ومجموعات الاشخاص والاموال التي يعترف لها القانوني بالشخصية (الشخص الاعتباري او المعنوي) . بيد أن الشخصية القانونية لا تثبت للحيوان ولا للجماد ، ذلك انهم غير مخاطبين باحكام الشريعة والقانون . والشخصية القانونية بهذه المثابه تثبت لكل انسان وعلى قدم المساواة فيما بين الناس ، فليس لاحد شخصية قانونية ناقصة او مقيدة ، بل الشخصية القانونية دوما مكتملة ، ذلك ان القاعدة القانونية عامة ومجردة تخاطب كل شخص خطابا

كاملا . كما ان أحداً لا يفقد شخصيته لان أحدا لا يفلت من خطاب الشريعة والقانون.

ويترتب على ثبوت الشخصية نتيجة حتمية تكمن في أهلية الوجوب ، فاذا كان كل شخص قانوني يخضع لاحكام الشريعه والقانون فيترتب على ذلك اكتسابه لبعض الحقوق وتحمله ببعض الالتزامات . ومن ثم فان أهلية الوجوب هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وهي تثبت حتما لكل شخص طبيعي او اعتباري ، على أنه اذا كانت الشخصية القانونية مكتمله ومتساوية بين الكافه. فان أهلية الوجوب قد تتفاوت من شخص لآخر ، اذ قد تقيد الشريعه والقانون بعض الاشخاص في اكتساب بعض الحقوق .

وهناك أخيراً اهلية الاداء ، وهي صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا ينتج آثاراً قانونية . واذا كانت أهلية الوجوب يثبت لكل شخص كاملة او مقيدة ، فان أهلية الاداء لا تثبت في الاصل الا للاشخاص الطبيعيين لارتباطها بالارادة ، ولا تتصور تلك الا للانسان . ومن ناحية اخرى فان أهلية الاداء اذ ترتبط بالقدرة على التعبير عن الارادة ، فهي لا تثبت حتما لكل شخص وبنفس الدرجة ، بل تتوقف على مدى قدرته على التعبير عن ارادته . ولذلك قد تنعدم اهلية الاداء وقد ترد ناقصة او معطله او كاملة كما سنرى .

وعلى ذلك يجب التمييز بين الشخصية القانونية ، وهي الصلاحية لتلقي

خطاب الشريعه والقانون ، واهلية الوجوب ، وهي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وأهلية الاداء وهي القدره على التعبير عن الارادة تعبيرا ينتج آثارا قانونية . وسوف نعرض لهذه المسائل تباعا من خلال دراستنا للشخص الطبيعي ثم للشخص الاعتباري .

المبحث الاول

في الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الانسان ، والشخصية القانونية تثبت لكل انسان حتى ولو كان صغيرا او فاقد العقل . وفي دراستنا للشخص الطبيعي ، سوف نعرض لبدء الشخصية ونهايتها ، ومميزات الشخصية ، ثم نعرج فنتناول أهلية الاداء واخيرا نعالج موضوع الذمة المالية لارتباطها بالشخصية القانونية .

المطلب الاول

في بدء الشخصية ونهايتها

اولاً : بدء الشخصية :

تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ولكن يثور التساؤل ، متى يعتبر الانسان قد ولد حياً ؟ يذهب الرأي الراجح في الفقه الى القول بان الانسان يولد حيا اذا انفصل المولود عن امه انفصالا كاملا وهو حي ، ومن ثم يكفي ان يولد الشخص حيا ولو للحظة واحدة بعد ولادته . وتثبت حياة المولود بما يدل عليها من الحركة والصراخ ، فاذا تمت ولادة المولود حيا تثبت له الشخصية القانونية ، وترتبت له وعليه الحقوق والالتزامات التي تقرها الشريعه والقانون . ولا يؤثر في قيام هذه الشخصية موت المولود بعد فترة وجيزة من ولادته طالما قد ولد حيا .

وتثبت الولادة بالسجلات الرسمية المعده لذلك كدليل على الولاده . وقد الزم نظام المواليد والوفيات بالمملكة العربية السعوية الصادريه المرسوم السامي في محرم ١٣٨٣هـ والد الطفل المولود ، ثم كل من حضر ولادته من اقاربه البالغين ابلاغ مكتب الصحة ، او الحاكم الاداري للبلده اذا لم يكن هناك مكتب صحة عن واقعة الولاده خلال عشره ايام من تاريخ الولاده .

وفي حالة عدم وجود الدليل ، او تبين عدم صحة ما ادرج فيه ، في هذه الحالة يجوز اثبات الولادة وبياناتها بشهادة الطبيب او القابله التي اشرفت على الولاده او المستشفى التي تمت فيها الولادة .واذا كانت القاعده والاصل ان الشخصية القانونية تبدأ بولادة الانسان حيا ، فان مع ذلك هناك استثناء على هذا الاصل ، اذ ان القانوني يعترف للحمل المستكن او الجنين بشخصية قانونية استثنائية واهلية وجوب محدوده .

شخصية الجنين او الحمل المستكن :

قننت بعض التشريعات العربية القاعده التي تقول ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ، ثم اوردت استثناء علي ذلك بقولها ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " ، ومن ثم يعترف القانون للحمل المستكن او الجنين بشخصية قانونية استثنائية خلال فترة الحمل ؛ وبأهلية وجوب محدودة .

أما الشخصية القانونية للجنين فتعد استثنائية بحسبانها خروجا على الاصل العام ، الذي يقضي ان الشخصية لا تبدأ الا بتمام ولادة الانسان حيا

. وهي استثنائية ايضا من واقع كونها معلقه على شرط تمام ولادة الجنين حيا ، فاذا ولد الجنين ميتا لم يكن لهذه الشخصية الاستثنائية اي وجود في اي وقت .

اما اهلية الوجوب المحدودة التي يعترف بها القانون والشريعه الاسلامية للجنين او الحمل المستكن ، فتنصرف في الواقع الى حق الجنين في النسب وفي الميراث وفي الوصية .

اما حق الجنين في النسب فيقصد به حق الجنين في ان ينسب الى والده ، وهو مقدمه للاعتراف له بالميراث . اما عن حق الجنين في الميراث فيترتب في حالة اذا مات من يصح ان يرث منه الجنين بفرض وجوده على قيد الحياة ، فانه يخصص من التركة لهذا الجنين اكبر النصيبين ، نصيب الذكر او نصيب الانثى ، فاذا تبين بعد ولادته انه ذكر استحق ما احتجز له من نصيب التركه . واذا تبين انه انثى اخذت نصيبها ورد الباقي الى الورثه ، واذ ولد الجنين ميتا تم رد كل ما احتجز الي الورثه .

كذلك تجوز الوصيه للجنين ، ويستحق الجنين ما يوصى له به اذا مات الموصي اثناء الحمل ، وقد بين الفقه الاسلامي الاحوال التي تصح فيها الوصية للجنين . فاذا ولد الجنين حيا اخذ ما استحق من الوصية وغلتها اذا كان لها غله ، واذا ولد ميتا ردت الوصية الى ورثه الموصى ، اما اذا مات الجنين بعد ولادته حيا ، فان ما اوصى له به يعتبر تركه توزع على ورثته .

ويقصد بالقول ان اهلية الوجوب للجنين محدودة ، ان الجنين لا يصلح لان

يتلقى من الحقوق الا ما عينه القانون وهو الميرات والوصية . وقد تمشى القانوني في ذلك مع احكام الشريعه الاسلامية التي تخول الجنين هذه الحقوق باعتبارها لا تتطلب القبول . وقد ذهب جانب من الفقه ، الى انه يجوز ان يكتسب الجنين حقوقا اخرى مثل الهبه ، اذ هي نافعه له نفعا محضا ، واذا كانت الهبه تتطلب قبولاً فان القبول يمكن ان يصدر من الولي على الجنين . ولكن هذا الرأي انتقد بان اهلية وجوب الجنين قاصره على ما يذكره القانون من حقوق فحسب ، وان الهبه اذ تتطلب القبول فلا يملك الولي قبولها عن الجنين، ذلك ان الولي هنا ليست له هذه السلطة، فهو مجرد امين او حفيظ على أموال الجنين .

واخيرا فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الجنين لا يصلح لان يتحمل بالالتزامات بحكم اهليته المحدودة ، الا ما كان منها متعلقا بما آل اليه من ميراث او وصيه ، فالمصاريف التي ينفقها الوصي والتي تتعلق بحفظ ميراث الجنين يلتزم بها الجنين بعد ولادته حيا كنتيجة لثبوت هذه الحقوق له.

ثانياً : نهاية الشخصية :

استقرت القاعدة التي تقضي بان " تبدأ شخصة الانسان بتمام ولادته وتنتهي بموته في معظم تشريعات العالم " وتأسيساً على ذلك الشخصية القانونية تنتهي إذن بالموت الذي قد يكون حقيقياً كما قد يكون حكمياً. اما الموت الحقيقي، فهو الذي يثبت على وجه اليقين والتأكيد، وتثبت

الوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ، فاذا لم يوجد هذا الدليل او تبين عدم صحة ما ادرج في السجلات ، جاز الاثبات باية طريقة أخرى من طرق الاثبات. وهناك دفاتر خاصة للمواليد والوفيات والتبليغات المتعقله بها ، منظمة بنظام خاص في المملكة ، صادر بالمرسوم الصادر سنه ١٣٨٣هـ .

واذا كانت القاعدة ان شخصية الانسان تنتهي بوفاته ، فانها تبقى - وفقا للمذهب الحنفي - حكما ، طوال الفترة التي تستغرقها تصفية تركته وسداد ما عليه من ديون ، ووفاء ما اوصى به من وصايا . فالقاعدة المقرره شرعا ان الورثه لا يستحقون انصبتهم الا بعد سداد الديون والوصايا من التركه . لذلك فان اموال المتوفى لا تنتقل الى ورثته الا بعد سداد ديونه ، وتظل حتى تمام هذا الوفاء في حكم ملك المتوفى نفسه ، حتى لا تكون سائبه او منفصله عن نظام يحكمها . ولذلك يقال ان الميت تبقى حياته مقدره او مفترضه الى أن تسدد ديونه ، ثم تنتقل ملكية الباقي من التركه الي الورثه .

وقد عارض جانب من الفقه هذا الامتداد الحكمي لشخصية الميت ، استنادا الى عدم وجود نص ، او الى جواز اعتبار التركة ذمة مالية مستقلة ورغم هذه المعارضه فانه يبدو أن بعض التشريعات العربية اخذت بفكرة امتداد شخصية المتوفى لحين تصفية تركته . فمن ناحية نجد ان المذكره الايضاحية للتقنين المدني المصري تشير بذلك صراحة في صدد المادة ٢/٢٩ . ومن جانب اخر فان المادة ٩٠٣ مدني تقضي بانه " بعد تنفيذ التزامات

التركة يؤول ما بقي من أموالها الى الورثه كل بحسب نصيبه الشرعي " .

ومن ناحية ثالثه ، فانه اذا تعدد الورثه فكيف يمكن القول باعتبار التركة ذمة مالية مستقله بالنسبة الى كل منهم في ذات الوقت، في حين انه لا يمكن تفتيت هذه التركة الى عدة ذمم مستقلة ومتعددة بتعدد الورثه ، اذ التركة ذمة مالية واحدة مرتبطة في جانبيها السلبي والايجابي .

واما عن الموت الحكمي ، فيكون في الحالات التي لا يعرف فيها على وجه اليقين حياة الشخص من موته وهذا هو شأن المفقود .

والمفقود شرعا ونظاماً هو الشخص الذي اختفى بحيث لا يعلم مكانه وانقطعت اخباره ولا يعرف ما اذا كان حيا او ميتا ، وفي هذه الحالة يجيز القانون اعتباره ميتا . والمفقود يختلف عن الغائب ، فالغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه او محل اقامته ولكن حياته معلومه حتى وان كان محل اقامته في الخارج غير معلوم .

ولا يترتب على الغيبه انتهاء الشخصية القانونية ، ولكن نظرا لاستحالة مباشرة مصالحة ، قد تعين المحكمة وكيلا عنه يتولى مباشرة هذه المصالح اثناء غيابه .

وتفرق معظم التشريعات العربيه في احكام المفقود بين حالتين :

أولاً : حالة غلبة الهلاك :

اذا كان الاختفاء قد تم في ظروف يغلب عليها الهلاك ، كمن فقد في حرب او في كارثة كزلزال او بركان او فيضان او حريق او اختفاء الطائرة التي

سافر فيها او تفجيرها فاذا اختفى المفقود في اي حالة يغلب فيها الظن انه مات فللقاضي بعد انقضاء اربع سنوات من تاريخ الاختفاء ان يحكم بموت المفقود وبعد اجراء التحريات اللازمة بكافة الطرف الممكنه ليثبت عما اذا كان حيا او ميتا . اما اذا كان المفقود من العسكريين، فيصدر قرار من وزير الدفاع باعتباره مفقودا في عداد الاموات .

ثانياً : حالة عدم غلبة الهلاك :

اذا كانت غيبة المفقود في ظروف لا يغلب فيها هلاكه وموته ، كمن سافر الى الخارج في طلب العلم او التجاره او السياحة ثم انقطعت اخباره ولم تعلم حياته من مماته .

فوفقا للمذهب الحنفي ، لا يحكم بموت المفقود الا بعد موت اخر اقرانه في السن ، غير ان بعض التشريعات العربية قدر رجحت بعض الاراء الاخرى، واعطت القاضي الحق في اصدار حكم بموت المفقود بعد المده التي يراها مناسبة لذلك . ففي هذه الحالة يفوض القاضي في تقدير امر المده التي يحكم بموت المفقود وبعدها ، ولا يجوز للقاضي ان يصدر حكم الا بعد التحري عن المفقود بكافة الطرق الممكنه لمعرفة ما اذا كان المفقود حيا او ميتاً .

اثر الحكم باعتبار المفقود ميتا :

ويترتب على الحكم بموت المفقود ، اعتباره ميتا ، وتبعا لذلك توزع تركته على من كان موجودا من ورثته وقت الحكم بموته ، وتعتد زوجته عدة

الوفاة ، ويحل لها بعد انقضاء هذه العدة الزواج من غيره . اما من مات من ورثته قبل ذلك التاريخ فانه لايرث من المفقود . كما انه لا يصح لزوجته الزواج من غيره قبل ان يحكم باعتباره ميتا ، ويعد الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لهذا الموت الاعتباري وليس كاشفا له .

والقاعدة ان المفقود لا يرث من غيره اثناء مدة فقده ، اي في المدة من تاريخ فقده حتى تاريخ الحكم بموته ، وبالتالي لا ينتقل هذا النصيب الى ورثة المفقود ، وانما يعود نصيب المفقود ، والذي يكون موقوفا لحين ظهوره او الحكم بموته الى ورثة المتوفى . وعلة ذلك أن المفقود لم تكن حياته محققه فلا يرث وبالتالي لا يستحق ورثته - اي ورثة المفقود - هذا النصيب ، ذلك ان مناط الميراث هو ثبوت حياة الوارث وقت وفاة المورث . وكذلك تظل زوجته على ذمته طوال الفترة بين غياب المفقود والحكم بموته .

- **ظهور حياة المفقود** . قد يظهر المفقود بعد حيا بعد الحكم بموته ، وتترتب في هذه الحاله النتائج التاليه :

أ - **بالنسبة لزوجته** : اذا كانت زوجة المفقود قد تزوجت بغيره اثناء فقده فما هو الحكم ؟ بداهة اذا لم تكن قد تزوجت بغيره ، فانها تعود الى زوجها الذي عاد من فقده . أما اذا كانت قد تزوجت بآخر ، فنفرق بين الفروض التاليه : اذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها ولم يدخل بها ، فانها تعود الي زوجها الاول ويفسخ الزواج الثاني . وكذلك الامر تعود الى زوجها الاول ، ويفسخ الزواج الثاني، اذا كان الزوج الثاني قد تزوجها وهو يعلم

بحياة المفقود ، أو كان قد عقد عليها خلال فترة عدتها من المفقود ، اما اذا كان الزوج الثاني حسن النيه لا يعلم بحياة المفقود ، ودخل بالزوجة ، ولم يكن عقده عليها خلال العده من الزوج الاول فانها تكون له ومن ثم لا ترجع زوجة المفقود اليه في هذه الحالة .

ب - اما بالنسبة للاموال فانه يسترد ما كان قائما منها في ايديهم فانه ياخذ ما بقي في يد ورثته مما كان له .

أما ما كان موقوفا له من ميراث او وصيه ، فانه يستحقه ، ولكنه لا يأخذ الا الموجود منه في ايدي ورثة المورث او الموصي . أما ما استهلكه هؤلاء من امواله التي ورثت عنه ان مما كان يستحقه من ميراث او وصيه ، فانهم لا يسألون عنه في مواجهة المفقود الذي ظهر حيا ومن ثم لا يستطيع ان يطالبهم بالتعويض عن قيمة ما هلك من ماله لان يد الورثه كانت يداً شرعية،وعلي ذلك فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه .

المطلب الثاني
مميزات اللشخصية

من الملاحظ ان لشخصية الانسان علامات معينه متميزه عن غيره من البشر وهذه العلامات يردها الفقه الي ثلاثه

١ - الحاله ٢ - الاسم ٣- الموطن

اولاً الحالة :

يقصد بالحاله مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص من دولته ومن عائلته . ويقسم الفقه حالة الشخص الي ثلاث : الحالة الدينية ، الحالة السياسية والحالة العائلية .

(أ) الحالة الدينية :

في كثير من البلاد ، يوجد للدين تأثير كبير في بيان حقوق الشخص وواجباته في مسائل الاحوال الشخصية ، وتحديد مركزه القانوني بصفه عامه ، فلا ريب ان حقوق المسلم وواجباته تختلف عن تلك الحقوق والواجبات الثابته لغير المسلم ، فالشريعة الاسلامية تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم ، والمسلم له الحق في الزواج باكثر من واحدة حتى اربع ، بينما يتقصر حق غير المسلم على واحده .

وكذلك لا يجوز لغير المسلم ان يتزوج مسلمه ، وبصفه عامه تطبق احكام الشريعه الاسلامية على المسلمين في حين ان غير المسلم تطبق عليه احكام

شريعته في مسائل الاحوال الشخصية ..

(ب) الحالة السياسية :

او الجنسيه وهي الرابطه السياسية والقانونية التي تربط الشخص بدولة معينه ويترتب عليها اكسابه صفه الوطني وتستقل كل دوله بوضع القواعد التي تحدد من هم الوطنيون ومن هم الاجانب بالنسبه اليها . ويرجع استقلال كل دولة بمثل هذا الامر الى ان الوطنيين يشكلون ركن الشعب في الدولة ، وهو احد الاركان الاساسية لقيامها ، وبالتالي يتعلق بكيانها وبسيادتها . وعادة ما تنقسم الجنسية الى جنسية اصلية تكتسب اما بحق الدم اي بالميلاد لاب وطني ، وأما بحق الاقليم اي بالميلاد على اقليم الدولة .وتتفاوت الدول فيما بينها بالاخذ بحق الدم او حق ،الإقليم حسب مدى احتياجها لعنصر السكان فيها باعداد جديدة، وبحسب ما اذا كانت مصدره للسكان او مستورده لهم . والى جانب الجنسيه الاصلية توجد الجنسية الطارئه والمكتسبه ، وهي التي تكتسب بحدث لاحق على الميلاد ، مثل اكتساب الزوجة جنسية زوجها بالزواج او تجنس الاجنبي بجنسية الدولة بعد اقامته فيها مدة يحددها النظام وبعد استيفاء شروط معينه .

وتخضع الجنسية بنوعيها الاصلية والمكتسبة للتجريد ، اي لافقاد الوطني صفته، ويكون ذلك باسقاطها بالنسبه للمواطنين الاصلاء او بسحبها من الوطنيين الطارئين ، ويكون ذلك لاسباب خطيرة يحددها القانون مثل التعاون مع العدو او ظهور بوادر تؤكد انقطاع الرابطة الادبية والمادية التي

تربط الفرد بالدولة والتي هي عماد فكرة الجنسية .

ومن أهم الاثار الناتجة عن الحاله السياسية ، واكتساب الشخص جنسية الدولة وتميزه عن الاجانب ، تمتعه بحماية الدوله في الداخل والخارج . فلا يجوز ابعاد الوطني او منعه من الرجوع الى بلاده ، كما يحق للوطني تولي الوظائف العامه والوظائف السياسية في بلاده . وفي مقابل ذلك يتكفل الوطني بالتكاليف والواجبات العامه مثل اداء الضرائب والخدمة العسكرية.

اما الاجنبي فعادة ما يحرم من تولي الوظائف العامه ، ويكون دخوله وخروجه من البلاد مقيدا بالقيود التي ينص عليها النظام ، ويجوز ابعاده من البلاد في احوال معينه ، كما تكون اقامته في البلاد مقيده بغرض من الاغراض التي يحددها النظام ، وقد صدر بالمملكة عام ١٣٧٤هـ النظام الخاص بالجنسية العربيه السعوديه ، ينظم طرق اكتساب الجنسيه الاصليه والمكتسبه ، واسبا فقدها سحبا واسقاطا وو سائل استردادها ، وكافة الاثار المترتبه على ذلك .

(جـ) **الحالة العائلية** : يقصد بالحاله العائلية ، تحديد مركز الشخص في اسره معينه ، ويترتب على انتماء الشخص لاسره معينه وجود قرابة نسب او قرابة مصاهره .

اما **قرابة النسب** او الدم فهي الصله التي تقوم بين من يجمعهم اصل مشترك واحد ، وقد تكون هذه القرابه مباشره او قرابه حواشي .

والقرابه المباشرة شرعا ، هي الصله التي تجمع بين الاصول والفروع مثال

ذلك القرابه بين الابن وابيه وجده وهكذا ، وللقرابه المباشره درجات ويراعى في حساب درجات اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الاصل .فقرابة الابن الى ابيه تعتبر من الدرجة الاولى ، وقرابة الشخص الى جده تعتبر من الدرجة الثانيه وهكذا .

اما **قرابة الحواشي** : فهي الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون احدهم فرعا للآخر ، ففي القرابه المباشره وقرابة الحواشي نجد أصلا مشتركا ، ولكن في قرابة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ، ثم نزولا منه الي الفرع الآخر ، وكل فرع ما عدا الاصل المشترك يعد درجة وعلي ذلك يعد ابن العم من الدرجة الرابعه... وهكذا .

قرابة المصاهره وهي القرابة الناشئه عن الزواج ولهذا نصت بعض التشريعات العربيه على أن اقارب احد الزوجين يعتبرون في نفس القرابه والدرجة بالنسبة الى الزوج الاخر ، وهذه يطلق عليها قرابة المصاهره . بيد انه يلاحظ ان هذه القرابه لا تمتد لتربط كذلك بين هؤلاء الاقارب وبين اقارب الزوج ، وفي حساب درجة هذه القرابه تكون العبره بدرجة القرابه - ولكن بسبب المصاهره - لهؤلاء الاقارب . وعلي ذلك فاخو الزوجة قريب من الدرجة الثانيه بالمصاهره للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهره من الدرجة الرابعه ، وابو الزوج قريب بالمصاهره من الدرجة الاولى للزوجة ، وهكذا ...

وتبدو اهميه القرابه في تحديد المركز القانوني للشخص قبل اسرته فالاب

ينفق على ابنه ، والابن يجب عليه طاعة ابيه - وكذلك فان لدرجة القرابه أهمية في تحديد من له حضانة الطفل الصغير بعد وفاه والده، وتبدو اهميه القرابه ايضا في شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء سواء بسبب قرابة النسب او قرابة المصاهره ، وتبدو اهمية القرابه كذلك في تحديد حقوق الارث .

وقد يعتد النظام بدرجة القرابة لتحريم امر معين درءا للشبهات ، ومن ذلك ما تقضي به القواعد المستقره في قانون المرافعات من انه على القاضي ان يتنحى عن نظر الدعوي ويمتنع عن سماعها اذا كان هو وزوجته او احد اقاربه الى الدرجة الرابعه ، او من اعتاد مساكنته او مؤاكلته طرفا في الخصومه او في الدفاع . وقد يعتد القانون ايضا بدرجة القرابه لتفضيل مصلحة خاصه لاحد الاطراف ، ومن ذلك ما نصت عليه بعض التشريعات من انه لا يؤخذ بالشفعه اذا وقع البيع بين الاصول والفروع او بين الزوجين او بين الاقارب لغايه الدرجة الرابعه او بين الاصهار لغاية الدرجة الثانيه .

ومن الثابت لدينا ان الفقه الاسلامي لم يأخذ بفكره قرابة المصاهره في شأن موضوعات المواريث والوصايا ، انما اخذ بتقسيم اخر للقرابه ، فقسمها الى ثلاثة أنواع : (١) الفروض (٢) العصبات (٣) ذو الارحام .

فاصحاب الفروض هم الزوج ، البنت ، بنت الابن ، الاخت الشقيقه ، الاخت لاب ، الزوجة ، الام ، الاخوه والاخوات لام ، الاب ، الجد الصحيح ، اما العصبات ، فهم الاقارب الذكور الذين لا تتوسط بينهم وبين المتوفى

انثي مثل الابن وابن لابن ، العم. واخيرا يعتبر الاقارب من غير ذوي الفروض والعصبات ذو ارحام للمتوفى مثل الاخوال والعمات .

ثانياً : الاسم

يعتبر الاسم من اهم مميزات الشخصيه ، فهو الذي يميز كل شخص عن غيره، وبهذا نصت بعض التشريعات العربيه على ضرورة انه يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق اولاده ، وبذلك يكون الاسم بمعناه الواسع ، علامه تدل علي الشخص وعلى الاسره التي ينتمي اليها في نفس الوقت . والنسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم ، فيكتسب الابن لقب ابيه واسرته فضلا عن اسمه الخاص ، وقد أوجب نظام دائرة النفوس السعودية الابلاغ عن اسم المولود عند التبليغ عن واقعة الولادة واسم اسرته.

وقد اختلف الفقهاء حول الطبيعه القانونيه للاسم ما بين اعتباره واجبا او حقا من الحقوق اللصيقه بالشخصيه من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية اخرى. ويترتب على هذه الطبيعه المزدوجة للاسم ما يلي:

١ - الاسم لا يقبل التصرف باعتباره حقا من حقوق اللصيقه بالشخصية وسواء كان ذلك اثناء حياة الشخص او بعد مماته بالايصاء . على أنه اذا كان عدم التصرف في الاسم مقصودا به تمييز الاشخاص وعدم الخلط بينهم ، فانه يجوز التنازل عنه ، كما يجوز التنازل عن الاسم التجاري الذي يميز

النشاط التجاري للشخص ، ويكون للمتنازل له استعمال هذا الاسم التجاري كاسم تجاري محض في حدود استغلال المحل التجاري او العلامه التجارية او براءه الاختراع. ويستمر المتنازل حاملا اسمه كاسم مدني يميز شخصيته وحالته.

٢ - ولا يخضع الاسم كذلك للتقادم باعتباره ايضا حقا من الحقوق اللصيقه بالشخصية ، ولذلك فانتحال شخص اسم شخص اخر لا يكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحالة واستعماله له اياه ، وعدم استعمال الشخص لاسمه او لقبه لا يفقده هذا الاسم او اللقب لا هو ولا فروعه . اما الاسم التجاري كقيمة ماليه فانه يخضع للاكتساب او الفقد بالتقادم .

٣ - يعتبر الاسم ضروريا لكل شخص، وهو امر ناجم عن ان الاسم يعد واجبا الى جانب كونه حقا . وهذا ما عبرت عنه غالبية التشريعات العربيه من انه يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق باولاده .

٤ - ويترتب اخيرا على اعتبار الاسم واجبا ، ثبات الاسم وعدم قابليته للتغيير بمحض ارادة الشخض ، والقول بغير ذلك يؤدي الى الفوضى واضطراب الامور في المجتمع ، ولذلك - عادة - ما تضع الدولة قيودا على تغيير الاسم للتثبت من جدية الاسباب والمبررات التي تدعو الي هذا التغيير ، كما لو كان الشخص قد اشتهر باسم آخر ويريد تغيير اسمه اليه ، او كان اسمه يثير السخريه ، او لا يتفق مع تغييره لدينه .

اسم الشهره والاسم المستعار :

الى جانب الاسم الذي تلزم به الانظمه كل شخص من الاشخاص ، قد يوجد اسم شهرة ، وهو اسم يطلقه الناس على الشخص ، ويشتهر به أما الاسم المستعار فهو اسم آخر يطلقه الشخص على نفسه بغرض اخفاء اسمه الحقيقي، لاسباب ادبيه او سياسية او غير ذلك من الاسباب . والاسم المستعار واسم الشهره يختلفان عن الاسم الحقيقي في ان لهما صفه شخصيه ، فلا ينتقلان الى فروع الشخص ولا يكتسبان بالنسب .

ويجوز للغير ان يمنع اتخاذ اسمه اسما مستعارا لشخص اخر منعا للتحايل والغش ، مثال ذلك ان يطالب اديب مشهور شخصا آخر بعدم استعمال اسمه اسما مستعارا في الكتابه او الادب، منعا لوقوع الاختلاط بين شخصية الطرفين .

ويذهب بعض الفقهاء الى القول بان للاسم المستعار واسم الشهره حماية قانونيه ، اذ يجوز للشخص الزام الغير بتمييزه باسمه الفردي مضافا اليه اسم الشهره ، او تمييزه باسمه المستعار في النشاط الذي يستعمل فيه هذا الاسم ، مع جاوز منع الغير من استعمال اسم الشهره او الاسم المستعار ، متى كان ذلك مؤديا الى الغش او التحايل او الخلط ين الشخصين .

الاسم التجاري :

الاسم التجاري هو الاسم الذي يستخدمه التاجر ليمارس تحته التجاره ويكون مميزا لمحله التجاري ، ويدخل في تكوينه الاسم المدني كعنصرا

اساسيا اذا كان التاجر فردا .

وما دام الاسم التجاري مميزا للنشاط التجاري، قبل ان يكون مميزا للشخصيه القانونيه ، فانه من مقومات المحل التجاري ، اذ يعد قيمة مالية يجوز التصرف فيها وتخضع للتقادم .

ولا يجوز التصرف في الاسم التجاري منفصلا عن المحل التجاري ، وذلك باعتباره احد العناصر المكونة للمحل التجاري ، ومنعا للبس والتضليل للجمهور .

وفي حالة انتقال المحل التجاري بموجب عقد بين الاحياء ، فلا ينتقل الاسم التجاري للمتصرف له دون موافقة المتصرف ، وفي حالة الارث والوصيه ينتقل الاسم التجاري الى الخلف ما لم تنص الوصية على غير ذلك.

وفي الفرض الذي يكون فيه التاجر فردا ، ويكون الاسم التجاري مشتقا او مأخوذا من اسمه الشخصي ، فاذا ما باع الشخص المحل التجاري بما فيه من اسم تجاري يظل محتفظا باسمه الشخصي المدني ، ولذلك ودرأ للبس يجب علي التارجر الجديد المشتري للمحل التجاري ان يقرن الاسم التجاري بما يفيد منع هذا الاختلاط بان يردفه بلفظ (خلفاء) او (سابقا) .

والقانون يحمي الاسم التجاري ويخول صاحبه حق المطالبه بدفع اي اعتداء عليه، او منازعة فيه، او انتحال له من قبل الغير، مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر .

والاصل ان لكل شخص الحق في ان يتخذ من اسمه الشخصي اسما تجاريا لتجارته ، على انه اذا كان من شأن ذلك الخلط بين هذا الاسم التجاري واسم تجاري سابق مشابه او مطابق ، فيجب على الاحدث في القيد، ان يضيف الى اسمه بيانات كافيه للتميز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا للمنافسه غير المشروعه .

حماية الاسم : حظي الاسم بحماية التشريعات المدنيه حيث نصت بعض المواد على أنه " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ولا تقتصر الحماية القانونية للاسم على الاسم الحقيق انما تشمل اسم الشهره او الاسم المستعار .

والمنازعه في استعمال الاسم هي اعتراض الغير دون مبرر علي حق الشخص في التسمي بالاسم الذي يحمله وفي استعماله اياه بالتالي . اما الانتحال فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين واستعمال اياه دون حق .

فاذا وقعت منازعه في الاسم او انتحال له فان لصاحب الاسم ان يطلب وقف ورد هذا الاعتداء ولو لم يصبه ضرر ، فالضرر ليس شرطا لازما لطلب وقف ورد الاعتداء على الحقوق اللصيقه بالشخصية .ويكون وقف الاعتداء عن طريق القضاء، بمنع الغير من التعرض للمعتدي عليه في استعمال لاسمه ، او يمنع المنتحل من استعمال الاسم محل الانتحال كما يكون لصاحب الاسم الحق في التعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء استعمال اسمه وانتحال .

اما اذا حدث ان تطابقت الاسماء بين شخصين تطابقا كاملا على سبيل المصادفه ، فلا نكون بصدد اعتداء من احدهما على الاخر في اسمه ، اذ لكل شخص اختيار الاسم الذ يراه ، ونكون بصدد اعتداء او انتحال اذا كان استعمال احدهما لاسمه قد جاء بطريقة يقصد بها ايهام الغير بانه الشخص الاخر ، فهنا يجوز رد الاعتداء باعتباره انتحالا للاسم .

ثالثا : الموطن

الموطن هوالمقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الاشخاص ، بحيث يكون موجودا فيه على الدوام ، ولا يغيب عنه الابصفه مؤقته .

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص ويقصد بالموطن العام ، المقر الذي يعتد به النظام بالنسبة الى نشاط الشخص واعماله وعلاقاته بوجه عام ، اما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذي يعتد به النظام في شأن بعض علاقات او اعمال او اوجه نشاط معينه للشخص على وجه التخصيص .

(أ) الموطن العام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانوني للشخص الذي يعتد به في شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص او تعيين ، والاصل ان الشخص يختار بارادته المكان الذي يعطيه القانون صفة الموطن العام ، بيد انه في بعض الحالات قد يفرض القانون استثناء بالنسبه لبعض الاشخاص موطنا عاما لا دخل لارادتهم في اخيتار مكانه ، فهناك اذن موطن عام اختياري او

ارادي ، وموطن عام قانوني او الزامي .

١ - الموطن الارادي او الاختياري :

تختلف التشريعات في تصوير الموطن الارادي او الاختياري ، فبعضها تصوره تصويرا واقعيا ، وبعضها تصوره تصويرا حكميا ، اما التصوير الواقعي ، فيعتد بما هو واقع في العمل من وجود اقامه فعليه مستقره للشخص ، فيحدد الموطن بانه محل الاقامه المستقره ، أما التصوير الحكمي فلا يهتم بالاقامه الفعليه ، بل يقيم رابطة صناعية مفروضه بين الشخص ومكان ما ، يتحدد عادة اما بمحل واما بالمركز الرئيسي للاعمال ولو لم يقيم الشخص فيه اقامه معتاده .

ويترتب على هذا الاختلاف في تصوير الموطن تصوير حكمي وتصوير واقعي النتائج التاليه :-

١ - من حيث ضرورة الموطن : يحتم التصوير الحكمي ان يكون لكل شخص موطن، لانه يفترض له موطن ، ولو لم يكن له موطن من الناحية الواقعية . ومثال ذلك ان يعتد بموطن الاب او مكان الميلاد ، فيفترض انه موطن الشخص ولو كان هذا مخالفا للحقيقه .

اما التصوير الواقعي ، فهو على خلاف ذلك ، حيث يسلم بامكان انعدام الموطن ، ذلك ان هذا التصوير يقيم الموطن على الاقامه العاديه المستقره ، فاذا تخلفت هذه الاقامه من الناحية الواقعية لشخص من الاشخاص فانه يصبح عديم الموطن .

٢ - من حيث وحدة الموطن او تعدده ، في التصوير الحكمي لا يكون الموطن الا واحداً ، لان الافتراض يقوم على رابطة صناعيه بين الشخص ومكان واحد ، اما في التصوير الواقعي فقد يتعدد الموطن ، وذلك اذا كان الشخص يقيم في الواقع في أكثر من مكان اقامه عادية مستقره .

وقد اخذ الفقه الاسلامي والتشريع السعودي والمصري بالتصوير الواقعي للموطن ، حيث نصت الماده ٤٠ / ١ مدني مصري على ان - الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .

وفي هذا الصدد يذهب الشراح الى ان الموطن يتطلب توافر عنصرين : عنصر مادي هو الاقامه في مكان معين ، وعنصر معنوي هو نية البقاء في هذا المكان والعودة اليه في حالة مغادرته .وتأسيساً علي ذلك ، فان ترك الشخص للمكان الذي يقيم فيه بصفته مؤقته بنية العودة اليه لا يرفع عنه صفه الموطن طالما هو يقيم فيه بصفه معتاده .

وتأكيدا للاخذ بالتصوير الواقعي للموطن ، تضيف الفقره الثانيه من الماده ٤٠ انه يجوز ان يكون للشخص في وقت واحد اكثر من موطن ، كما يجوز الا يكون له موطن ما " .

ومن هنا فكلما تعددت محال الاقامة المعتادة والمستقره للشخص تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام في كل هذه المحال . مثال ذلك ان يتزوج شخص باكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن اقامه معتاده في مكان منفصل ، وذلك حالة الشخص ألذي يقيم في مدينتين في وقت واحد ، حيث

يكون له اكثر من موطن .

وما دام قد اخذنا بالتصوير الواقعي للموطن فمن المتصور انعدام الموطن حيث لا يوجد للشخص محل اقامة معتاد مستقر كالبدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان .

٢ - الموطن العام القانوني او الالزامي : الاصل ، في الموطن ان يكون اختياريا ولكن في كثير من الحالات لا يملك بعض الاشخاص القدره على اختيار المكان الذي يتحدد به موطنه العام ،ومن ثم يتكفل القانوني بتعيين المكان الذي يعتبر موطنا عاما بالنسبه لهم ، فيكون موطنهم العام قانونيا لا اراديا ، لان القانون ينسبة اليهم دون تدخل ارادتهم في تحديد مكانه .

والموطن القانوني او الإلزامي ، هو الخاص بعديمي الاهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، والمحجوز عليهم بسبب عوارض الاهلية من جنون وعته وسفه ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم او غيبتهم من رعاية شؤونهم فهؤلاء يفرض لهم القانون موطنا الزاميا ، هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من اولياء او قوام او وكلاء .

وتقرر بعض التشريعات ان " موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا "

الموطن القانوني او الالزامي محصور في هؤلاء الاشخاص الذين ذكرهم القانون ، ومن ثم فليس للزوجة موطن الزامي وهو موطن زوجها ، بل غالبا قد يكون موطن زوجها هو موطنها بحكم الاقامه العاديه المستقره فيه ، وقد

تكون قاصرا فيكون موطنها هو موطن وليها او وصيها ، وقد لا تقيم مع زوجها لسبب من الاسباب فيكون موطنها هو مكان اقامتها المعتاد.

ومن الملاحظ ان الموطن القانوني او الالزامي هو موطن حكمي آخذاً بفكرة التصوير الحكمي للموطن. ذلك ان القانون يحدد هنا للشخص موطنا قد لا يقيم فيه بصفه فعلية .

ويبقى الموطن القانوني او الالزامي ببقاء السبب الذي ادى الى فرضه ، بمعنى ان هذا الموطن رهن باستمرار نقص الاهلية او استمرار حالة الفقد او الغيب، ولذلك فانه عندما يعترف القانوني للقاصر ببعض الاهلية في نطاق معين ، فانه يحدد له موطنا خاصا آخر .

واذا عاد المفقود او الغائب فان الموطن الالزامي او القانوني ينتهي ليحل محله الموطن العام الاختياري او الارادي ويتحدد وفقا للمكان الذي يختاره الشخص العائد لاقامته المعتاد المستقره .

الموطن الخاص

الموطن الخاص هو المقر الذي يخاطب فيه الشخص قانونا بشأن نوع معين من الاعمال .

فالى جانب الموطن العام الذي يعتبر المقر القانوني للشخص بالنسبة الى نشاطه او اعماله او معاملاته بوجه عام ، قد يوجد للشخص موطن خاص يكون مقره القانوني بالنسبة الى اعمال معينه بالذات وعلى وجه التحديد ، وقد نصت بعض التشريعات العربيه على صور للموطن الخاص تتمثل في

الموطن التجاري او الحرفي ، موطن ناقص الاهلية ، بالنسبه لما يعتبر اهلاً لمباشرته من التصرفات ، الموطن المختار وسوف نقتصر على بيان المقصود بالموطن التجاري أو الحرفي والموطن المختار .

١ - الموطن التجاري او الحرفي :

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة او حرفه موطنا بالنسبه الى ادارة الاعمال المتعلقه بهذه التجارة او الحرفة . اما الاعمال الاخرى للشخص غير المتعلقه بالتجاره او الحرفه فيكون الموطن بالنسبه لها هو الموطن العام للشخص .

٢ - الموطن المختار :

هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ، فقد يختار احد الخصوم مكتب محاميه ليكون موطناً مختاراً في شأن النزاع القائم بينه وبين احد الافراد ، ويجب على من اتخذ موطنا مختاراً لتنفيذ عمل قانوني ان يخطر خصمه بذلك ، حتى تعلن له الاوراق على الموطن المختار .

المطلب الثالث
الاهلية

الاهلية لغة تعني الصلاحية ، ويعرفها الفقه الاسلامي بانها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعه له او عليه وصلاحيتة لصدور الافعال على وجه يعتد به شرعاً . ويقسم الفقه الاسلامي والتشريعات العربية الاهلية الى قسمين ، اهلية وجوب ، واهيه آداء .

أولاً : اهلية الوجوب :

عرف بعض الفقهاء المحدثين من فقهاء الشريعه الاسلاميه اهلية الوجوب بانها صلاحية الانسان لان يكون له حقوق قبل غيره وعليه واجبات لغيره ، ويتفق الفقه القانوني مع الفقه الشرعي في تعريف اهية الوجوب ، فأهلية الوجوب قانونا هي الصلاحية للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات "

وكقاعدة عامة فان اهلية الوجوب الكامله تثبت لكل من ولد حياً ويتساوى فيها الناس جميعاً . الا انه في بعض الاحيان قد يرى المنظم ضرورة تقيد اهلية الوجوب بالنسبه لبعض الاشخاص نتيجة وجودهم في ظروف معينه . مثال ذلك عدم السماح للاجانب بممارسة النشاط التجاري او تملك العقارات في المملكة العربية السعودية ، ومن امثلة اهلية الوجوب المقيده ما جاءت به مجلة الاحكام الشرعيه في مادتها ٢٠٦٨ في شأن القضاه. حيث نصت على ان يكره للقاضي ان يبيع او يشتري الا بوكيل لا يعرف به وليس له ان يتجر " ومن أمثلة اهلية الوجوب المقيدة الاعتراف

للجنين قبل الولاده بقدره على اكتساب بعض الحقوق التي له فيها منفعه ، كثبوت النسب من ابويه والارث والوصيه والاستحقاق في ريع الوقف .

وعلى صعيد آخر ، لاحظ بعض الشراح ان معنى الشخصية القانونية يقترب الى حد الاختلاط بالمقصود باهلية الوجوب . وعلى اثر ذلك ، قالوا بان اهلية الوجوب هي الشخصية القانونية نفسها . ونحن نميل الى ترجيح ما ذهب اليه البعض الاخر ، بان هناك فروقا تميز بين مصطلحي الشخصية القانونية واهلية الوجوب ، رغم الصله الوثيقه بينهما ، كلفظ الشخصية القانونية ينصرف الى صلاحية الانسان لتنسب اليه الحقوق والالتزامات ، في حين ينصرف مدلول اهلية الوجوب الى مدى هذه الصلاحية وشمولها لكل الحقوق والالتزامات او اقتصارها على بعض الحقوق فقط .

ثانياً : اهلية الاداء :

عرف الفقه القانوني اهلية الاداء بانها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه لحساب نفسه " وقد عرفها الفقه الاسلامي بانها صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً الاحكام " كما عرفها البعض بأنها صلاحية الشخص للالتزام بعبارته وان يطالب غيره ويطالبه بما تم عليه التعاقد من اثار والالتزامات "

وباستقراء التعريفات التي قال بها كل من الفقه الشرعي والقانوني لاهلية الاداء ، نلاحظ اتفاق التعريف الذي قال الفقه القانوني مع التعريف السائد لدى الفقه الاسلامي في شأن التعريف باهلية الاداء .

كما يلاحظ من التعريفات السابقه ايضا اقتصار اهلية الاداء على التصرفات القانونية دون غيرها من الاعمال ولهذا يكون من الضروري تحديد المقصود بالتصرفات القانونية حتى يمكن تحديد نطاق اهلية الاداء .

فمن الامور المستقره في فقه القانون ان التصرفات القانونيه « التصرفات النظاميه » هي ارادة محضه متجهه الى احداث اثر قانوني مثل البيع او الايجار او الرهن .

مناط اهلية الاداء :

يتفق فقهاء الشريعه والقانون على أن كمال التمييز والارادة هما مناط اهلية الاداء . وتحديد مناط الاهلية بكمال التمييز والارادة ، يستوجب القول بان ثبوت اهلية الاداء يستلزم ثبوت اهلية الوجوب في حين تحقق اهلية الوجوب لا يستلزم اهلية الاداء لان الحياة هي مناط اهلية الوجوب ، فليس كل حي كامل التمييز والارادة ، وتخلص من ذلك جله الي القول بان هناك رابطة او صلة بين اهلية الاداء واهلية الوجوب والشخصية القانونية ، فكل انسان يكتسب الشخصية القانونية ، ويكون له بمقتضى هذه الشخصية قدراً من اهلية الوجوب ، في حين لا يستطيع الانسان التمتع باهلية الاداء الا اذا كان كامل التمييز والارادة ، ولم ولن يتحقق كمال التمييز والارادة الا في الشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري ، وتأسيساً على ذلك فلا يمكن القول بوجود اهلية اداء لدى الشخص الاعتباري بينما يجب ان تتوافر هذه الاهلية ، فيمن يمثل الشخص الاعتباري. من الاشخاص الطبيعيين .

انواع اهلية الاداء :

رأينا فيما سبق ان كمال التمييز والارادة هما مناط اهلية الاداء . وطالما الامر كذلك فيمكن القول بان اهلية الاداء ليست واحدة لدى كل البشر ذلك ان كمال التمييز والارادة يختلف من انسان الى اخر . ومن الناحيةالطبية والقانونية يتدرج التمييز لدى الانسان تبعا للسن ومن ثم كان من المنطقي ان تتدرج اهلية الاداء تبعا للتمييز والسن، من الانعدام مرورا بالنقص وصولا الى الكمال، وعلى ذلك فان اهلية الاداء نوعان كاملة وناقصه تسبقهما مرحلة الانعدام .

ا - انعدام الاهلية

طالما استقر فقهاء الشريعه الاسلاميه والقانون على ان كمال التمييز والارادة هما مناط اهلية الاداء فان ذلك يستوجب القول بانعدام اهلية الاداء عند كل من ينعدم تمييزه ولاخلاف بين فقهاء الشريعه والقانون على ان التمييز منعدم في السنوات الاولى من عمر الانسان، ويتفق فقهاء الشريعه والقانون على اعتبار كل من لم يبلغ السابعه من عمرة يعد عديم التمييز . ومن ثم تنعدم لديه اهلية الاداء

٢ - اهلية الاداء الناقصة :

تثبت اهلية الاداء الناقصة للصبي المميز وهو الصبي الذي بلغ سن السابعه من عمره دون ان يبلغ تمام الثامنه عشره فالصبي في هذة المرحلة يكون ناقص التمييز والعقل لانة يستطيع ان يميز بينماينفعه وما يضرة في

حدود معينه . وترتيبا على ذلك يكتسب الصبي في هذة المرحله اهلية اداء ناقصه . تتفق مع عقله وقدرته على التمميز .

٣ - اهلية الاداء الكامله :

وهي صلاحيه الانسان لمباشره جميع التصرفات القانونيه والشرعيه والإعتداد بها شرعا ونظاما . وترتبط اهلية الاداء الكامله بالرشد . وهو دليل على كمال التمييز حيث يملك به الانسان حسن التصرف والقدره على مباشره التصرفات القانونيه وقد حدد النظام السعودي سن ارشد بثماني عشر سنه هجريه . فكل من بلغ هذا السن وكان عاقلا رشيدا كانت له اهلية اداء كامله .

انواع التصرفات القانونيه التي ترد عليها اهلية الاداء :

يتميز الفقه الاسلامي بنهج مستقل عن النهج الذي سلكة شراح الانظمه ، في شان بيان انواع التصرفات التي ترد عليها الاهلية واذا كان الحال كذلك فيكون لزاما علينا ان نستعرض المنهجين :

ا - الفقه الاسلامي

يذهب جانب من الفقه الاسلامي الى القول بان التصرفات التي تصدر من الشخص وتترتب عليها اثار تنقسم الى نوعين:

١- تصرفات لايشترط في فاعلها العقل وهي افعال يرتبط فيها الاثر بمجرد الفعل ارتباطاً مادياً وهذا النوع يقابل في تصوري مايسمى في فقه القانون بالوقائع القانونيه من حيث كونها اعمالاً ماديه يرتب القانون عليها

أثرا قانونيا معينا وإذا كان الامر كذلك فنستطيع ان نقول باتفاق فقهاء الشريعه والقانون حول عدم اشتراط اهلية الاداء في مثل هذة التصرفات .

٢ - تصرفات وأفعال يشترط في فاعلها الادراك والعقل والتمييز لكي يعتد بها وتترتب عليها اثارها ونتائجها الشرعيه . ويدخل في مثل هذا النوع من التصرفات جميع العقود وسائر التصرفات المدنيه من قوليه او فعليه ويشترط في هذة التصرفات توفر اهلية اداء لمباشره مثل هذه التصرفات .

ثانيا فقه القانون

قسم فقه القانون التصرفات القانونيه التي ترد عليها اهلية الاداء الى ثلاثه انواع :

١ - تصرفات نافعه نفعا محضا ويدخل تحت مدلولها التصرفات التي يترتب عليها اغتناء شخص دون مقابل كقبول الهبه .

٢ - تصرفات ضاره ضررا محضا ويدخل تحت مدلولها جميع التصرفات التي يترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل مثل تبرع شخص بماله الى الغير .

٣ - تصرفات دائره بين النفع واضرر ويدخل تحت مدلولها جميع التصرفات التي تقوم على الكسب والخسارة حيث يتبادل فيها الطرفان الاخذ والعطاء ومن امثله هذه التصرفات البيع والايجار والتامين .

اطوار الحياه ومدى قدره الانسان على مباشره التصرفات :

يتفق فقهاء الشريعه والقانون على تقسيم حياه الانسان تبعا لاطوار حياته الى مراحل اربعه :

١ - الجنين :

من الامور المتفق عليها بين فقهاء الشريعه والقانون ان الجنين لايتمتع باهلية الاداء لانه لااراده له ولا تمييز .

٢ - الصبي غير المميز :

تمتد هذه الفتره من وقت الولاده وتنتهي ببلوغ الانسان سن السابعه باعتبارها سن التمييز في الشريعه والقانون . ومن المستقر عليه في الشريعه والقانون عدم تمتع الصبي غير المميز مطلقا باهلية أداء لانعدام تمييزه وقصور عقله عن الادراك . وتأسيسا على ذلك لايستطيع من كان دون السابعه أن يباشر التصرفات القانونيه بنفسه لحساب نفسه وتطبيقا لذلك نصت مجله الاحكام الشرعيه على مذهب الامام احمد بن حنبل في مادتها ١٤٩٧ على أن " المجنون والصغير غير المميز لايصح تصرفاتهم باذن ولابغيره "

٣ - الصبي المميز :

اطلق الفقه الاسلامي على هذه المرحله طور الاستناره العقليه حيث يصبح الصبي في مرحله وسط بين الصبي غير المميز والبالغ الراشد ونظرا لكون عقل الصبي المميز غير ناضج فانه يتمتع باهلية اداء ناقصه فلا يجوزللصبي المميز في ضوء احكام الشريعه الاسلاميه والقانون أن يباشر

التصرفات التي تعود عليه بضرر مالي محض كما لايملك القاضي اجبار الصبي المميز على فعل واحد من هذه التصرفات فاذا ماوقع واحد من هذه التصرفات فانه يقع باطلا لحمايه حقوق الصبي المميز يعود على الصبي المميز بنفع محض فيجوز للصبي المميز في هذه الحاله القيام بمباشره كل التصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض والت يتعود عليه وتصبح نافذه دون من الولي او الوصي اما اذا مان التصرف من التصرفات المحتمله النفع والضرر فحكم هذا التصرف مختلف عليه بين علماء الشريعه.والقانون .

ويذهب فقهاء الشريعه الى القول بان الصبي المميز يملك مباشره هذا النوع من التصرفات المحتمله النفع والضرر ، بشرط موافقه واجازه وليه او وصيه فان اجازها الولي او الوصي نفذت وان لم يجزها تصبح باطله وتطبيقا لذلك نصت المادة ٢٣٧ من مجله الاحكام الشرعيه على ان " لايصح عقد البيع الا من جائز التصرف فلا يصح من مجنون مطلقا ولا من مفلس ولا من صغير وسفيه ورقيق الا في شيئ يسير . ولكن اذا اذن للمميز والسفيه وليهما وللقن سيده صح منهم في الكثير ايضا كما نصت الماده ١٤٩٠ من مجله الاحكام الشرعيه على أن " لولي الصغير المميز ان ياذن له في التجاره " في حين يذهب شراح القانون الى القول بان تصرفات الصبي المميز المحتمله النفع والضرر تصرفات صحيحة ومنتجه لكل اثارها ولكن يمكن طلب ابطالها من الصبي المميز بعد بلوغ سن الرشد او من وليه او وصيه قبل بلوغ سن الرشد .

٤ - البلوغ والرشد :

يتفق علماء الشريعه والقانون على ثبوت اهلية اداء كامله في كافه التصرفات القانونيه لكل من بلغ رشيدا وتاسسا على ذلك يستطيع كل من بلغ رشدا مباشره التصرفات القانونيه بنفسه لحساب نفسه سواء كانت ناقصه نقصا محضا او ضاره ضررا محضا او دائره بين النفع والضرر وهذه التصرفات جلها تصدر عنه صحيحه ومنتجة لاثارها .

عوارض الاهلية :

الاصل اذا بلغ الشخص سن الرشد اصبح كامل الاهلية الاداء وتستمر معه هذه الاهلية الى الموت مالم يعرض لها عارض يعدم تمييزه وارادته او يخل بحسن تدبيره وبصره للامور .

وطبقا للنظام السعودي اذا بلغ الانسان ثمانيه عشر سنه هجريه وكان رشيدا يتمتع باهلية اداء كامله مالم يحدث له عارض من عوارض الاهلية فاذا حدث له عارض يجب الرجوع في كمال اهليته او اعتباره في حكم عديم الاهلية او ناقصها .

وقد حدد الفقه الاسلامي المقصود بعوارض الاهلية بانها الامور التي تطراء على الانسان بعد كمال اهلية الاداء فتؤثر بالازاله او النقصان او تعتبر بعض الاحكام بالنسبه لمن عرضت له من غير تاثير في الاهلية وعوارض الاهلية في الفقه الاسلامي هي الجنون والعته والسكر والنوم والاغماء والسفه والغفله والدين ومرض الموت .

وقد عرف بعض شراح القانون عوارض الاهلية بانها أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده وهي اما عاهات تعيب العقل او عاهات تفسد التدبير وعوارض الاهلية في فقه القانون هي الجنون والسفه والعنه والغفله .

ويمكن تقسيم عوارض الاهلية بحسب طبيعتها الى مايلي : ١ - عوارض تصيب عقل الانسان فتعدم ادراكه وتميزه ويدخل تحت مدلول هذه العوارض الجنون والعته وقد الحق بهما الفقه الاسلامي السكر والنوم والاغماء .

٢ - عوارض تخل بحسن تدبير الانسان فتفسده مثل السفه والغفله

ولعل اكثر مايلفت النظر عند التمعن في كتابات الفقه الاسلامي حول عوارض الاهلية انه ادخل مايعرف بموانع الاهلية في فقه القانون تحت مدلول لفظه عوارض الاهلية . وعليه فالحديث عن عوارض الاهلية يشمل الموانع ايضا في الفقه الاسلامي ولدى بعض شراح القانون كذلك حيث اعتبروا المعتوه كالمحنون عديم تمييز واهلية واعتبرت كل تصرفاته الصادره بعد تسجيل طلب الحجر او اقرا رالحجر باطله بطلانا مطلقا . اما فقهاء الشريعه الاسلاميه فقد ذهب البعض منهم الى الى تقسيم الصفه الى نوعين :

١ - عته لاينبغي معه ادراك او تمييز فيصبح المريض به كالمجنون عديم اهلية اداء .

٢ - عته يبقى معه بعض الادراك والتمييز فيصبح المريض به كالصبي المميز في جميع احكامه .

في حين ذهب أنصار المذهب الحنفي ومجله الاجكام العدليه في مادتها ٩٧٨ الى اعتبار العته منقصا للتميز لامعدما له وتاسيسا على ذلك نأخذ تصرفات المعتوه ذات الحكم لتصرفات الصبي المميز .

٣ - السفه

عرف بعض الشراح السفه بانه خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع فيقوم بتبذير ماله واتلافه فيما لايرضى عنه العقلاء من ذوي الحكم والذي . والسفيه يحجر عليه لحفظ ماله . مع مراعاه مانصت عليه الماده ١٤٦٦ من مجله الاحكام الشرعيه من انه " لايثبت المحجر علي من سفه او جن بعد بلوغه ورشده الا بحكم من الحاكم ولا ينفك عنه الحجر الا بحكمه والولايه في امواله للحاكم " .

وفي هذا تتفق الشريعه والقانون على وجوب صدور قرار بالحجر على السفيه وكذلك تتفق الشريعه والقانون على ان تصرفات السفيه تاخذ ذات الحكم المقرر شرعا وقانونا لتصرفات الصبي المميز .

٤ - الغفله

هي ضعف في بعض الملكات النفسيه التي يتمتع بها الانسان بحيث لايستطيع الاهتداء الى التصرفات الرابحه فذو الغفله لايملك القدره على التمييز بين الرابح والخاسر في المعاملات مع الناس بسبب سذاجته مما يؤدي الى غلبته في المعاملات الماليه .

وطبقا للراجح شرعا ولنصوص بعض التشريعات العربيه يحجر على ذي

الغفله بقرار يصدر من القاضي المختص بذلك وتاخذ تصرفات ذي الغفله بعد صدور قرار الحجر وتسجيله حكم تصرفات الصبي المميز .

موانع الاهلية :

هي موانع ماديه قانونيه أو طبيعيه تصاحب كامل الاهلية فتحرمه من القدره على مباشره التصرفات القانونيه او الشرعيه بنفسه او بمفرده ومن اجل المحافظه على اموال الناس واستمرار الحياه يعين النظام شخصا آخر ليتولى مباشره التصرفات القانونيه بدلا من الشخص الذي قام لديه هذا المانع او يعين النظام شخصا اخر يتولى مساعدة من قام لديه هذا المانع في مباشره التصرفات النظامية والشرعيه .

ومن جانبنا نلاحظ - وبحق - وجود فارق بين عوارض الاهلية وموانعها فموانع الاهلية تفترض وجود إرادة وتمييز كامل غير منقوص ، في حين عوارض الاهلية كلها اعراض تصيب الارادة والتمييز فتصبح الاراده والتمييز مع وجود هذه الامراض منعدمة او ناقصة .

ويمكن رد موانع الاهلية في التشريعات العربيه الى الحالات التاليه :

ا - الغيبه :

تعتبر الغيبه مانعاً مادياً يعوق الشخص عن مباشره التصرفات القانونيه بنفسه ، فإذا ترك الغائب وكيلاً لحفظ امواله حكمت المحكمة بتثبته من توافرت فيه الشروط التي يجب توافرها في الوصي .

اما اذا لم يكن للغائب وكيلاً وتعطلت مصالحة وانقضت مدة سنه على غيابة او اكثر، فيجب على المحكمة في هذة الحالة ان تقيم وكيلا عن الغائب الرشيد ، ويكتسب الشخص وصف الغائب في حالتين :

(١) اذا كان مفقودا لاتعرف حياته من مماته .

(٢) اذا لم يكن له محل اقامة اوموطناًمعلوماً او كان له محل اقامة اوموطناً معلوماًخارج البلاد واستحال عليه ان يتولى شئونة بنفسه او ان يشرف على من ينيبه لادارتها .

واخيرا تزول الغيبة وما يترتب عليها من آثار - باعتبارهامانعاً مادياً مؤقتاً بزوال سببها ، أو بموت الغائب موتا يقينا او موتا اعتباريا .

ثانيا : العاهه والعجز الجسماني :

تعتبر العاهه من الموانع الطبيعية التي يترتب على وجودها عدم قدرة الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال اهليتة . وتطبيقا لذلك نصت بعض التشريعات العربيه على ان " اذا كان الشخص اصم ابكم ، او اعمى اصم او اعمى ابكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تعين لة مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " كما يجوز للمحكمة ان تعين للشخص المصاب بعجز جسماني شديد مساعدا قضائيا يعاونه في ابرام التصرفات القانونية حتى لا تتعطل مصالحه ويعتبر من قبيل العجز الجسماني الشديد الشلل النصفي وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا دون ان يصل الى حد

الصمم او العمى .

ثالثا : الحكم بعقوبة جنائية :

نصت بعض التشريعات العربيه على حرمان المحكوم علية بعقوبة جنائية من مباشرة التصرفات القانونية بنفسة او من الاستقلال لمباشرتها . ويعتبر هذا المانع من قبيل الموانع القانونيه التي تعوق مباشرة التصرفات القانونية ، ويجب على المحكوم عليه في هذه الحالة ان يعين قيما بموافقه المحكمة لادارة امواله والا عينته المحكمة .

المطلب الرابع

الذمة المالية

يقصد بالذمة المالية، مجموعَ ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية. وهي بذلك تتكون من جانبين: جانب إيجابي، هو مجموع الحقوق المالية للشخص، وجانب سلبي هو مجموع الالتزامات المالية للشخص. وإذا زاد الجانب الإيجابي على الجانب السلبي، كانت الذمة المالية دائنة، أما إذا زاد الجانب السلبي على الجانب الإيجابي كانت الذمة المالية مدينة.

والذمة المالية، لا تشمل في جانبيها الإيجابي والسلبي إلا الحقوق والالتزامات المالية للشخص، فلا يدخل فيها الحقوق أو الالتزامات غير المالية مثل الحق في الأسم و ما إلى ذلك.

الصلة بين الذمة والشخصية

قامت في الفقه نظريتان هامتان حول تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها، الأولى هي النظرية الشخصية، وتقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية واعتبارها إحدى خصائص الشخصية، بل تذهب هذه النظرية إلى حد القول بأن الذمة ما هي إلا الشخصية منظورا إليها من جانبها المالي. ولذلك، فإنه يترتب على الأخذ بهذه النظرية النتائج التالية:

١ـ لكل شخص ذمة مالية، بصرف النظر عن وجود حقوق مالية للشخص أو التزامه بأي التزام مالي.

٢. لا يتصور وجود الذمة المالية دون شخص تستند إليه، سواء كان طبيعيا أو شخصا اعتباريا. فلا ذمة لحيوان أو جماد أو لجماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال التي لا يعترف لها القانون بالشخصية الاعتباري.

٣. لكل شخص ذمة مالية واحدة لا تتعدد، وان خضعت بعض عناصر هذه الذمة لنظام استثنائي.

٤. يترتب على ارتباط الذمة بالشخصية، أنه لا يمكن التنازل عنها وإن كان من الجائز التصرف في عنصر من عناصرها وحسب.

أما النظرية الثانية، حول تأسيس فكرة الذمة المالية، فهي نظرية التخصيص، وتقوم هذه النظرية على تصور وجود الذمة المالية كلما وجدت حقوق والتزامات مالية، يجمعها الاستناد إلى غرض معين دون حاجة إلى وجود شخص معين.

ويترتب على الأخذ بنظرية التخصيص النتائج التالية:

١. امكان وجود الذمة المالية دون شخص، طالما وجدت مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض، وهذا ما يغني في نظر أنصار هذه النظرية عن اصطناع فكرة الشخصية الاعتبارية.

٢. إمكان تعدد الذمة المالية للشخص الواحد، بتعدد الأغراض التي تخصص لها مجموعات الحقوق والالتزامات المالية، فالوارث مثلا تكون له ذمته الأصلية، إلى جانب ذمة خاصة تجمع مجموع الحقوق والالتزامات المالية التي آلت إليه من مورثه.

٣- إمكان انتقال الذمة المالية بالتصرف فيها أو الميراث، طالما أن الذمة المالية لا ترتبط بالشخصية.

موقف التشريعات العربية

ويبدو أن التشريعات العربية قد انحازت إلى نظرية الشخصية، مع الأخذ ببعض افكار نظرية التخصيص في أحوال استثنائية بحتة.

فلكل شخص ذمة مالية، ولكل ذمة مالية شخص تستند إليه، سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، والذمة المالية لا تقبل في ذاتها التنازل عنها أو التصرف فيها، وإنما يكون التصرف في عنصرها وحسب. على أن الذمة المالية يمكن استثناء أن تتعدد، فإلى جانب الذمة المالية العامة للشخص قد تكون له ذمة مالية خاصة مثال ذلك ما جرى عليه التقنين البحري السعودي من اعتبار السفينة ذمة مالية مستقلة.

أهمية الذمة المالية

وتبدو أهمية الذمة المالية من الناحية العملية، في كون أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، أو ما يسمى بمبدأ الضمان العام للدائنين. فالذمة المالية تعد في حكم الوعاء، تنصب فيه حقوق وتخرج منه التزامات مالية بين الحين والآخر. ولأن ذمة الشخص ليست ثابتة بل تتغير فتكون تارة دائنة وتارة مدينة وتارة متوازنة. فقد يعقد الشخص قرضا أو يلزم بالتزام

معين في وقت يكون الجانب الإيجابي في ذمته خاويا. ومع ذلك ، وطبقا لمبدأ الضمان العام، يلتزم بأداء ما التزم به مما يرد اليه من حقوق مستقبلة. هذا إلى جانب أن أي دائن لا يستطيع أن يختص لنفسه بعنصر من العناصر الإيجابية في ذمة المدين، فكل أموال المدين ضامنة للوفاء بكل ديونه. وعلى ذلك، لا يستطيع المدين أن يحتج على الدائن بأن ما يملكه من أموال قد آلت اليه بعد نشوء الالتزام، كما لا يستطيع أن يستثنى مالا معينا - بغير نص في القانون - من ضمان الوفاء بديون الدائنين. على أن مبدأ الضمان العام للدائنين لا يمنع من استثناء بعض الأموال المقدمة كتأمينات عينية أو كضمان خاص لديون بعض الدائنين، كل ذلك بالقيود التي يقررها القانون لهذه الفروض الخاصة.

المبحث الثاني
الشخص الاعتباري أو المعنوي

فكرة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية وأهيمتها

قلنا إن المنظم يعترف للإنسان بالشخصية القانونية، فيجعله صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، كما يكون له القدرة في التعبير عن ارادته والتصرف في شؤونه في الحدود التي رسمها القانون.

على أن المصلحة الاجتماعية اقتضت اعتراف المنظم بالشخصية القانونية

ليس للانسان وحده، بل لمجموعات من الأشخاص تتلاقى على هدف معين، أو لمجموعات من الأموال ترصد لتحقيق غرض محدد.

فقد اظهر التصور الاقتصادي - في العصر الحديث - أن هناك من الاهداف والاعمال ما تقصر امكانيات الفرد عن القيام به، سواء لأن هذه الأعمال تتطلب وقتا طويلا ممتدا أو أموالا طائلة. فكان لابد إذن من تجميع الأفراد والأموال لتحقيق مثل هذه الأعمال، كأعمال المصارف والمنشآت الصناعية واستغلال الثروات الطبيعية وأعمال النقل الجوي والسكك الحديدية وما إلى ذلك من أعمال.

بيد أن تجمع الأفراد وتجمع الأموال لتحقيق هذه الأهداف المشتركة، يتطلب أن يكون هناك شخص قانوني مستقل تماما عن أشخاص الافراد المكونين له. وعن طريق هذا الشخص القانوني المتميز، يمكن للمشرع أن ينظم هذه التجمعات من الأفراد أو الآموال، وأن يراقب عدم انحرافها عن أهدافها، وعن طريق هذا الشخص القانوني ايضا يمكن لهذه المجموعة من الأفراد أو الأموال ان تكون لها ذمة قانونية مستقلة عن ذمم أفرادها. وعن طريق هذا الشخص القانوني - كذلك - يمكن لهذه المجموعة من الآفراد والأموال أن تخاطب الغير وأن تتعامل معه وآن تقاضيه. بل إنه يمكن عن طريق هذا الشخص القانوني تنظيم العلاقة بين هذه المجموعة من الآفراد بعضهم البعض، ويمكن خروج بعضهم ودخول آخرين في هذه المجموعة بحيث يظل المشروع أو التجمع قائما مستمرا رغم فناء بعض أفراده أو تحول

بعضهم عنه.

من أجل ذلك كله دفعت مثل هذه الضرورة الاجتماعية بالمنظم إلى الاعتراف بالشخصية القانونية، ليس الإنسان فحسب، بل لكل تجمع من الأفراد أو الأموال يسعى لتحقيق غرض اجتماعي معين، وقد اطلق على مثل هذا النوع الثاني من الشخصية القانونية الاعتبارية أو الشخصية المعنوية.

طبيعة الشخصية الاعتبارية

انقسم الفقهاء على أنفسهم حول طبيعة الشخصية الاعتبارية. فمنهم من أنكر وجودها كحقيقة واقعة، بل هي مجرد افتراض أو وجود صناعي من قبل المنظم. بينما ذهب الفريق الثاني، إلى أن الشخصية الاعتبارية هي حقيقة واقعة تفرض على المنظم. وهذا الجدل الفقهي حول طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، انعكس على الناحية العملية من حيث النتائج التي تترتب على الأخذ بأحد الاتجاهين.

فأما النظرية الأولى، وهي ما يطلق عليه نظرية الشخصية الافتراضية، فتذهب إلى أن الشخصية القانونية لا تثبت إلا للانسان وحده، إذ الانسان وحده هو الذي يصلح لان يكسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات ويعبر عن إرادته تجاه الغير. وإذا كان القانون ـ رغم ذلك ـ يعترف بالشخصية لمجموعات من الأفراد أو الأموال، وبالتالي يكون لها أهلية وجوب وأهلية

آداء، فإن ذلك لا يكون إلا عن طريق الافتراض البحت أو الحيلة أو الوجود الصناعي من جانب المنظم، فالشخص الاعتباري ـ إذن ـ ليس له وجود حقيقي كالانسان، ولكن مجرد افتراض أو تحايل من القانون، وتنتهي هذه النظرية إلى أنه طالما أن الشخص الاعتباري من مطلق صنع المنظم، فإن هذا المشرع هو الذي يحدد ـ كيف شاء ـ وقت بدء الشخصية الاعتبارية ووقت نهايتها ومدى أهميتها.

وقد أخذ على هذه النظرية أنها تبدأ بافتراض خاطئ، أذ تحصر الشخصية القانونية في الإنسان وحده، في حين أن آي تجمع من الأفراد أو الأموال يصلح لأن يكون محلا للحقوق والالتزامات ولتلقي الخطاب من المنظم وبالتالي يصلح أن يكون شخصا قانونيا ولو لم يكن انسانا. كذلك، عيب على النظرية قولها أن الشخصية الاعتبارية هي مجرد افتراض، إذ يؤدي ذلك إلى أن تصبح ملكية الشخص الاعتباري لأمواله مشكوكا فيها، طالما أن المالك مجرد وهم وافتراض. .

أما النظرية الثانية، وهي ما يطلق عليها نظرية الشخصية الحقيقية، فتقوم على أن الشخص المعنوي أو الاعتباري هو حقيقة واقعة، أو هو في الواقع حقيقة اجتماعية تفرض نفسها على المنظم، شأنها شأن الانسان. ولا يملك المنظم إلا الاعتراف بهذه الحقيقة الواقعة، إذ الشخص الاعتباري كائن له حياته المستقلة وله ارادة مستقلة عن إرادة أفراده، وله الحقوق وعليه واجبات، ومن ثم، يصلح لأن يكون محلا لمخاطبة النظام ولان يكون شخصا

قانونيا. وهذه هي النظرية السائدة التي تتلاقى حولها اليوم الكثير من الفقهاء وإن تعددت مذاهبهم في تبرير وجود هذه الحقيقة.

مقومات الشخصية الاعتبارية أو المعنوية

يتضح مما سبق أن المشرع قد يعترف بالشخصية الاعتبارية لمجموعة من الأفراد أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين. ومن ذلك يتضح أن مقومات الشخص الاعتباري ثلاثة:

أولا : مجموعة من الأشخاص أو الأموال

ثانيا: غرض يقصد الوصول إليه.

ثالثا: اعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية لهذه المجموعة تحقيقا لهذا الغرض.

ويفرق الفقه في صدد اعتراف النظام بالشخصية الاعتبارية، بين الاعتراف العام والاعتراف الخاص. أما الاعتراف العام فيقصد به النص مقدما من قبل المنظم على شروط معينة، كلما توافرت في مجموعة من الأشخاص أو الأموال تسعى لتحقيق غرض معين، فإنها تتمتع بالشخصية الاعتبارية بحكم النظام، دون حاجة إلى اجراء آخر.

أما الاعتراف الخاص، فيقصد به اشتراط صدور ترخيص أو إقرار خاص بمنح مجموعة بعينها من الأفراد أو الأموال الشخصية الاعتبارية. ويواجه الاعتراف الخاص، ما قد يجد في المستقبل من مجموعات من الأشخاص أو الأموال تتخذ أشكالا جديدة في غير الصور التي حددها النظام، وتقضي

المصلحة الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية.

وقد جعل النظام السعودي الاعتراف العام هو الاصل، والاعتراف الخاص هو الاستثناء إذ تتمتع الدولة والمناطق والمدن والهيئات الدينية والاوقاف والجمعيات والمؤسسات والشركات بالشخصية الاعتبارية بنص النظام (انظر على سبيل المثال نص المادة ١٣ من نظام الشركات السعودي). وفيما عدا ذلك لا يثبت الشخصيةالاعتبارية إلا باعتراف خاص.

حدود الشخصية الاعتبارية

الشخصية الاعتبارية تعني اعتراف القانون بالشخصية القانونية لمجموعة من الأفراد أو الأموال تهدف إلى غرض معين. وقد سبق أن عرفنا أن فكرةالشخصية القانونية تؤدي إلى اقرار النظام للشخص بأهلية الوجوب وأهلية الآداء وبذمة مالية مستقلة، وذلك إلى جانب ما يتمتع به الشخص من حقوق سياسية وحقوق مدنية بنوعيها من حقوق عامة لصيقة بالشخصية وحقوق خاصة. على أن الشخص الاعتباري ـ كشخص قانوني ـ لا يأخذ كل هذه الأبعاد التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، وذلك بسبب الاختلاف الجوهري بين الانسان وبين هذه المجموعات من الأفراد أو الأموال.

وقد نصت بعض التشريعات العربية على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

وبذلك، فإن الشخص الاعتباري استقلالا عن الأشخاص المكونين له، تكون له من خصائص الشخصية القانونية ما يتفق مع طبيعته ومما يتصل بصفة الإنسان الطبيعية.

ويترتب على الاعتراف بالشخصية المعنوية ، نتائج قانونية جد هامة، متمثلة في أن يصبح للشخص الاعتباري ذمة مالية، وأهلية محدودة ، وحق التقاضي، وموطن مستقل، ونائب يعبر عن إرادته.

١ـ ذمة مالية مستقلة :

يتمتع الشخص الاعتباري بذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له أو القائمين على إدارته. والذمة المالية للشخص الاعتباري، هي مجموع الحقوق والالتزامات المالية التي تكون له أو عليه. ولا يدخل فيها حقوق او التزامات الأفراد المكونين للشخص الاعتباري، فلا يسأل في الأصل عن التزاماته ولا يسأل هو عن التزامات، وذلك عدا بعض الاستثناءات المقررة في القانون التجاري مثل مسؤولية الشركاء المتضامنين عن ديون شركة التضامن أو شركة التوصية في كل أموالهم.

٢ ـ أهلية في الحدود التي يعنيها سند انشائه أو التي يقررها القانون:

للشخص الاعتباري أهلية وجوب. إلا أن أهليته هذه ليست هي بعينها اهلية الوجوب التي تثبت للشخص الطبيعي، بل إن أهلية وجوب الشخص الاعتباري تتقيد بقيدين:

أولهما، يتعلق باختلاف الطبيعة بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي.

والقيد الثاني يتعلق بمبدأ التخصيص، أما القيد الأول فيعني أن الشخص الاعتباري لا يثبت له الحقوق اللصيقة بالانسان أو الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية. فلا تثبت له حقوق الأسرة من زوجية وقرابة ونسب ونفقة. أما الحقوق السياسية فقد قيل بأنه ليس ما يمنع من اشراك بعض الأشخاص الاعتبارية العامة في المجالس الشعبية. وأما عن حق المؤلف فإنه - وان كان في الاصل - يتصل في جانبه الأدبي بشخصية الإنسان وقدرته على الابتكار الذهني والفكري، إلا أن قانون حماية حق المؤلف اعترف صراحة للشخص الاعتباري بحق المؤلف بصدد المصنفات الجماعية كما سبق أن رأينا. أما القيد الثاني - وهو مبدأ التخصيص - فيعني أن الشخص الاعتباري لا يتمتع بأهلية وجوب إلا في الحدود اللازمة لتحقيق الغرض الذي نشأ من أجله. فلا يجوز لجمعية دينية أن تقوم بأعمال تجارة تجني من ورائها ارباحا، ولا يجوز للجامعة مثلا أو لهيئة علمية أن تدخل في مضاربات مالية أو أن تتبرع بأموالها لأغراض تتنافر مع رسالتها العلمية، أو ان تتلقى أموالا لغرض سياسي وغير علمي.

كذلك يسأل الشخص الاعتباري مسؤولية مدنية عن الاعمال الضارةولو كانت صادرة من ممثله أو القائمين على ادارته، طالما وقعت منهم هذه الأعمال بسبب أو بمناسبة عملهم في مباشرة نشاط الشخص الاعتباري.

أما عن أهلية الآداء فإذا كان مناطها في الشخص الطبيعي هو التمييز والقدرة على التعبير عن الإرادة فإن الشخص الاعتباري على العكس من ذلك لا يخضع لأحكام التمييز حيث لا تتصور له ارادة ذاتية. فإذا تصورنا أهلية الاداء الشخص الاعتباري، فذلك يعني قدرة ممثليه على اجراء التصرفات القانونية نيابة عنه. ولذلك، فإذا كان يجري النص على ان يكون للشخص الاعتباري نائبا يعبر عن ارادته، فلا يعني ذلك أن للشخص الاعتباري إرادة، ولكن يفيد امكان مباشرته للتصرفات القانونية من خلال شخص طبيعي هو النائب عنه.

٣ـ حق التقاضي

للشخص الاعتباري أن يلجأ إلى القضاء أو أن يختصم أمام القضاء في كل شؤونه وأوجه نشاطه.

٤ـ الاسم

للشخص الاعتباري اسم يتميز به عن سائر الاشخاص، ويتحدد هذا الاسم في سند انشاء الشخص الاعتباري، وعادة ما يكون مشتقا من أغراض للشخص الاعتباري، ولهذا الاسم ذات الحماية القانونية المقررة لاسم الشخص الطبيعي.

٥ـ موطن مستقل

للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن الافراد المكونين له أو القائمين على ادارته. وموطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد به مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة يعتبر مركز ادارتها، بالنسبة إلى النظام الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة ، والمقصود بمركز الإدارة الجهة التي تتخذ فيها القرارات الهامة بنشاط الشخص الاعتباري.

٦ـ جنسيةالشخص الاعتباري

القول بأن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية معينة ، هو قول لا يخلو من عدم الدقة، فالجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة، وهي تقوم على فكرة الولاء والارتباط المعنوي بين الشخصر وبين الدولة معينة، ولذلك لا تتصور الجنسية إلا في شأن الاشخاص الطبيعيين وحدهم. ومع ذلك، جرى الفقه على القول بجنسية الشخص الاعتباري مجازا للدلالة على تبعيته لدولة معينة في تأسيسه وفي نظامه القانوني.

ويأخذ النظام السعودي بمعيار المركز الرئيسي الفعلي لتحديد تبعية الشخص الاعتباري، حيث يقضي النظام بأن النظام القانوني للاشخاص الاعتبارية والاجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي

الفعلي، ومع ذلك، إذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة، فإن النظام السعودي هو الذي يسري. كذلك يقضي نظام الشركات بخضوع الشركات التي تؤسس داخل أراضي الدولة لأحكام النظم السعودية ولو كان غرضها القيام بنشاط في الخارج.

أنواع الأشخاص الاعتبارية

تنقسم الأشخاص الاعتبارية الى أشخاص اعتبارية عامة، تعد من أشخاص القانون العام، وتخضع لفروع القانون العام، وأشخاص اعتبارية خاصة تعد من اشخاص القانون الخاص وتخضع للقانون الخاص بفروعه.

أما الاشخاص الاعتبارية العامة، فهي الدولة، وكذلك المناطق والنواحي والمراكز بالشروط التي يحددها النظام، والإدارات وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها النظام شخصية اعتبارية.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة، فهي الشركات والجمعيات وهما من مجموعات الاشخاص، والمؤسسات الخاصة والأوقاف وهما من مجموعات الأموال.

ونتناول فيما يلي الإشارة بإيجاز الى الاشخاص الاعتبارية الخاصة، وهي الشركات والجمعيات والمؤسسات والاوقاف.

الشركات

الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح وذلك بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (المادة واحد من نظام الشركات السعودي).

والشركات قد تكون مدنية وقد تكون تجارية. أما الشركات المدنية فهي التي تقوم بأعمال مدنية مثل الشركات الزراعية، وهذه الشركات المدنية تخضع في تنظيمها لأحكام المعاملات الشرعية وفقا للراجح من مذهب الإمام احمد بن حنبل. أما الشركات التجارية فهي تلك التي تحترف القيام بالأعمال التجارية، وهي تخضع في احكامها لمواد النظام الشركات فيما ورد فيه من نص خاص، وفيما عدا ذلك تخضع للاحكام العامة للشركات الواردة في قسم المعاملات الشرعية «مادة الشركات» وفقا للراجح من مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

والشركات التجارية تنقسم إلى شركات الاشخاص وشركات الأموال، أما شركات الاشخاص، فتتنوع الى شركات تضامن، حيث يكون كل الشركاء مسؤولون بالتضامن فيما بينهم عن التزامات الشركة وفي جميع أموالهم. وإلى شركات توصية بسيطة، يكون بعض الشركاء فيها متضامنون يسألون عن كل ديون الشركة ولو في أموالهم الخاصة، وشركاء موصون تنحصر مسؤوليتهم في حدود ما قدموه من حصص في رأسمال الشركة. وأما

شركات الاموال، فتتنوع الى شركات مساهمة ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية وقابلة للتداول ولا يسأل الشريك المساهم إلا بقدر ما يملكه من أسهم. والى شركات التوصية بالأسهم يسأل فيها الشركاء العاملون بالتضامن مسؤولية غير محدودة عن التزامات الشركة، بينما لا يلزم الشركاء الموصون إلا بمقدار نصيبهم في رأس المال الذي اكتتبوا به وفي حدوده ولا تكون حصص الاشتراك فيها إلا بالاسهم. والى شركات ذات مسؤولية محدودة تكون المسؤولية فيها محدودة ضمن حدود موجوداتها ولا يجوز أن تكون حصص الاشتراك على اساس الأسهم، ويجب أن يتضمن اسم الشركة وصفها بأنها شركة محدودة المسؤولية، وذلك لتنبيه الغير الذي يتعامل مع الشركة.

ويذهب جانب من الفقه، إلى القول بتقسيم ثلاثي للشركات التجارية تنقسم إلى شركات اشخاص هي التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة، والى شركات أموال تتمثل في شركة مساهمة، وإلى شركات ذات طبيعة مختلفة وتشمل الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة ذات التوصية بالأسهم.

وتثبت الشخصية الاعتبارية للشركة التجارية من وقت تأسيسها، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء اجراءات الشهر (م ١٣ من نظام الشركات السعودي).

الجمعيات

الجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة اشخاص طبيعية أو اعتبارية، لغرض غير الحصول على ربح مادي مثل الأغراض الخيرية أو الدينية أو العلمية أو الرياضية أو الصحية.

ويشترط في انشاء الجمعية، أن يوضع لها نظام مكتوب موقع من الاعضاء المؤسسين. ويجب أن يشتمل نظام الجمعية على بيان اسم الجمعية والغرض منها، ومركز ادارتها، وعلى أن يكون هذا المركز في السعودية، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته وموطنه، وبيان موارد الجمعية، والهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها، وطرق تعيين الاعضاء الذين تتكون منهم هذه الهيئات وطرق عزلهم، واخيرا بيان القواعد التي تتبع في تعديل نظام الجمعية.

ولا يجوز، ان ينص في نظام الجمعية على أن تؤول اموالها عند حلها الى الاعضاء أو إلى ورثتهم أو اسرهم. ولا يسري هذا الحكم على المال الذي لم يخصص إلا لصندوق الإعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات.

ولا يجوز، أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو اية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضروري لتنفيذ الغرض الذي انشئت من أجله. ولا يسري هذا الحكم على الجمعيات التي لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيري أو تعليمي، أو لا يراد بها الا القيام ببحوث علمية.

وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها، ولا يحتج بهذه

الشخصية قبل الغير إلا بعد ان يتم شهر نظام الجمعية للسجل. أما شهر الجمعية فيتم بالطريقة التي يقررها النظام ومع ذلك فإن أعمال الشهر أو التهرب بأي وسيلة آخرى من اثبات وجود الجمعية رسميا لا يمنع الغير من التمسك في مواجهة الجمعية بالآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية. وكل جمعية غير مشهرة أو غير منشأة انشاء صحيحا أو مكونة بطريقة سرية، تلتزم مع ذلك بما تعهد به مديروها أو العاملون لحسابها. ويجوز تنفيذ هذه التعهدات على مال الجمعية سواء أكان ناتجا من اشتراكات اعضائها أم كان من أي مورد آخر.

وكل تعديل في نظام الجمعية يجب أيضا شهره ولا يعتبر التعديل نافذا بالنسبة إلى الغير الا من الوقت الذي يتم فيه هذا الشهر.

ويجب أن يكون للجمعية جمعية عمومية تتولى اعتماد الميزانية واجراء اي تعديل في نظام الجمعية وحلها حلا اختياريا، وتصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية النسبية للاعضاء الحاضرين والممثلين ما لم يرد في نظام الجمعية نص يخالف هذا الحكم. ويجوز بناء على طلب احد الاعضاء أو ذي مصلحة، طلب ابطال قرارات الجمعية العمومية التي تكون مخالفة لنظام الجمعية أو للنظام، وذلك بحكم من المحكمة المختصة، على أن يقدم الطلب خلال ستة شهور من تاريخ صدور القرار، ومع عدم الإضرار بالغير حسن النية.

المؤسسات العامة

المؤسسة العامة - وفقا للنظام السعودي - شخص من اشخاص القانون العام ، يمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعاونيا من أجل تحقيق اهداف التنمية السعودية الشاملة، ومن امثلة المؤسسات العامة في المجتمع السعودي، مؤسسة النقد السعودي ومؤسسة الخطوط السعودية، ومن ابرز خصائص المؤسسات العامة أن الدولة هي التي تملك أموال المؤسسة العامة ملكية خاصة.

ويخضع العاملون بالمؤسسات العامة، لنصوص لوائح خاصة، يصدر بها نظام من مجلس الوزراء السعودي.

الأوقاف

يعرف الفقه الإسلامي الوقف، بأنه حبس العين على حكم ملك الله، مع التصدق في الحال أو المال بمنفعتها على الفقراء. وتبدأ الشخصية الاعتبارية للوقف بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام النظام، فهو من الاشخاص الاعتبارية التي يكفي فيها الاعتراف العام دون حاجة إلى اجراء خاص.

وتنتهي الشخصية الاعتبارية للوقف، بانتهاء المدة المعينة له إن كان موقوتا بمدة محددة، أو بانقراض الموقوف عليهم. ويعود الوقف ملكا للواقف إذا كان حيا، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته، وإلا إلى الخزانة العامة. كما تنتهي شخصية الوقف بحكم من المحكمة بناء على طلب ذوي الشأن،

عند تخرب أعيان الوقف كلها أو بعضها، وعدم امكان عمارته أو استبداله على وجه يكفل نصيبا معقولا للمستحقين.

انتهاء الشخصية الاعتبارية

ينتهي الشخص الاعتباري - كما أسلفنا- بانتهاء الاجل المحدد له اذا كان موقوتا بمدة معينة في سند انشائه، كما ينتهي بتحقيق الغرض الذي انشئ من اجله، أو اذا اصبح من المستحيل تحقيق هذا الغرض.

على أن الشخصية الاعتبارية تنتهي أيضا قبل موعدها عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها. وقد يكون الحل اختياريا أي باتفاق الاعضاء انفسهم، كما في الجمعيات مع مراعاة النظام الاساسي للجمعية وما يقرره النظام من اجراءات. وقد يكون الحل اجباريا من جانب الدولة، عن طريق الرقابة القضائية، وذلك متى خالف الشخص الاعتباري القانون أو النظام العام أو الآداب أو اذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك. أما سحب الاعتراف بالشخص الاعتباري فيكون في حالة الاشخاص الاعتبارية التي تقوم على الاعتراف الخاص ومتى كان هناك مبرر لذلك.

وقد رأينا انه في حالة انهاء الشخص الاعتباري أو انتهائه، فإنه يمر بمرحلة التصفية وتوزيع ما تبقى من أمواله. وقد تمتد الشخصية الاعتبارية لفترة من الزمن خلال مدة التصفية للتمكين من اجراء عمليات التصفية. (المادة ٢١٦ من نظام الشركات السعودي)، والأصل، ان يوزع ما تبقى من

أموال الشخص الاعتباري وفقا لما يقضي به سند انشائه، فإن لم يوجد نص لذلك في هذا السند فإن قرار الحل هو الذي يحدد مصير الأموال المتبقية من الشخص الاعتباري. مع مراعاة أن النظام قد يضع قيودا على توجيه هذه الأموال المتبقية كما هو الشأن في الجمعيات حيث لا يجوز أن تؤول هذه الأموال الى اعضاء الجمعية بل إلى غرض آخر قريب من أغراض الجمعية، كما أن نظام الشركات السعودي قد جاء بنظام وقواعد يجب مراعاتها عند تصفية الشركة، فقد نص النظام على انتهاء سلطة المديرين أو مجلس الإدارة بانقضاء الشركة. وإلى لحظة تعيين المصفي، يظل المديرون أو مجلس الإدارة في الإدارة ويأخذون حكم المصفي في مواجهة الغير. ويتولى التصفية مصف واحد أو اكثر من الشركاء أو من الغير. ويعين المصفي من قبل الشركاء أو الجمعية العامة للشركة. ولا يجوز للمصفين أن يبدأوا اعمالا جديدة إلا أن تكون لازمة لاتمام اعمال سابقة. كما يجب علي المصفين تحويل كل موجودات الشركة إلى نقود، أو في كل الأحوال يجب على المصفين سداد ديون الشركة إن كانت حالة، وتجنيب المبالغ اللازمة لسدادها إن كانت آجلة. ويعد المصفون خلال ثلاثة اشهر من مباشرتهم اعمالهم وبالاشتراك مع مراقب الحسابات ان وجد جردا بجميع ما للشركة من اصول وما عليها من خصوم.

الفصل الثاني

محل الحق

قلنا ان الحق - وفقاً للرأي الراجح - هو استئثار شخصي بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون، لذلك قلنا أننا ندرس فكرة الحق من خلال أركان ثلاثة هي صاحب الحق ومحل الحق والحماية القانونية للحق. أما وقد انتهينا من دراسة صاحب الحق، وهو الشخص القانوني الطبيعي أو الاعتباري، فننتقل إلى بيان ما هو المقصود من محل الحق أو موضوعة.

وفي صدد عرضنا لبيان أنواع الحقوق وتقسيماتها، قلنا ان الحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة أو لصيقة بالشخصية وحقوق خاصة، وان الحقوق الخاصة بدورها تنقسم الى حقوق غير مالية أو حقوق الاسرة، وحقوق مالية . وهذه الاخيرة تتنوع إلى حقوق عينية و حقوق شخصية وحقوق ترد على اشياء غير مادية. وقلنا ان الحقوق المادية سميت كذلك، لانه موضوعها يقبل التقويم بالمال. ولذلك يطلق اصطلاحا على هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق المالية اسم (الاموال). فالمال اذن في عرف النظام هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق، سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية أو الذهنية . ويعرف الفقه الإسلامي المال، بأنه كل ما يمكن حيازته واحرازه والانتفاع به في العادة.

وقد فرق فقه القانون والتشريعات العربية بين هذه الاموال وبين ما يسمي بالاشياء. وتأسيساً على ذلك، جاء الفصل الثالث من الباب التمهيدي في

أحدي هذه التشريعات تحت عنوان (تقسيم الأشياء والاموال) والشيء سواء كان ماديا أو غير مادي، هو محل بعض هذه الحقوق المالية، ومن ذلك ان حق الملكية يعتبر مالا، وموضوع هذه الحق شيء مادي معين هو الأرض أو الدار أو ما الى ذلك. وحق المؤلف، يعتبر مالا، وموضوع هذا الحق شيء غير مادي هو المصنف. أما الحق الشخصي فرغم أنه يعتبر بدوره مالا. إلا أن موضوعه ليس شيئا ماديا أو غير مادي، بل عمل أو امتناع عن عمل أو التزام باعطاء.

ونخلص من ذلك، إلى أن التشريعات العربية تقصد بلفظ الاموال الحقوق المالية سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، أما الأشياء فهي محل الحقوق العينية والمعنوية، إلى جانب الاعمال وهي محل الحقوق الشخصية.

وندرس فيما يلي محل الحقوق المالية المتنوعة، وهذا المحل - كما أوضحنا - قد يكون من الاشياء أو من الاعمال.

المبحث الأول
في الأشياء

تنقسم الأشياء إلى : أشياء قابلة للتعامل وأشياء خارجة عن التعامل، وإلى اشياء قابلة للاستهلاك ، وإلى أشياء قيمية وأشياء مثلية، وأخيرا تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات.

ونعرض في ايجاز لكل من هذه التقسيمات :

أولا - الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل :

من المبادىء الشرعية والقانونية المستقرة في فقه الشريعة والنظام، ان كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم النظام يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

فهناك اذن أشياء قابلة للتعامل أو غير خارجة عن التعامل، وهذه تصلح لان تكون محلا للحقوق المالية، أي للحقوق العينية. والمقصود بهذه الأشياء، الأشياء المادية. أما محل الحقوق الشخصية، فهو العمل أو الامتناع عن العمل وليس الشيء، حتى ولو كان الغرض من هذا العمل هو الحصول على شيء من الأشياء، وأما محل الحقوق المعنوية، فانه يكون شيئا غير مادي، وهذه الحقوق ينظمها قانون خاص كما اسلفنا البيان.

وهناك أشياء خارجة عن التعامل. وهذه على نوعين : أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها ، وأشياء خارجة عن التعامل بحكم النظام.

والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها ، هي الأشياء التي لا يستطيع

أحد ان يستأثر بحيازتها. أو هي الأشياء التي يمكن ان ينتفع بها كل الناس بغير ان يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، ومثال ذلك الهواء واشعة الشمس وماء البحر، طالما مثل هذه الأشياء طليقة دون استئثار بعضها. ولكن الاستئثار ببعضها يجعلها قابلة للتعامل فيها مثل الهواء المضغوط.

والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم النظام هي الأشياء التي لا يجيز النظام ان تكون محلا للحقوق المالية. ومن هذه الأشياء الاموال العامة من منقولات وعقارات، وهي التي تكون مملوكة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى نظام. فهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. ومثال ذلك، الطرق والميادين والشواطىء، ولكن ليس ثمة ما يمنع الدولة من السماح لبعض الأفراد باستعمال هذه الاموال العامة أو اقامة بعض المنشآت عليها، ومن الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم الشريعة والنظام أيضا، الأشياء التي يحرم النظام التعامل فيها كالمواد المخدرة، ولا يغير من صفة هذه الأشياء، أي كونها خارجة عن التعامل، اجازة نوع من التعامل في هذه الأشياء كبيع المواد المخدرة لاغراض طبية.

ثانيا ـ الأشياء القابلة للإستهلاك والأشياء غير القابلة للإستهلاك :

الأشياء القابلة للاستهلاك، هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما اعدت له في استهلاكها أو في انفاقها. فالاستهلاك قد يكون ماديا بافناء مادة الشيء، مثل أكل الطعام، أو تغيير صورة الشيء مثل تحويل المنسوجات إلى الملابس. وقد يكون الاستهلاك نظاميا بالتصرف كانفاق النقود وبيع السلع في المتاجر.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك، فهي تلك التي لا تفني بمجرد استعمالها، بل تقبل تكرار الاستعمال بصرف النظر عن مدة صمودها لهذا الاستعمال، ومثال ذلك المفروشات والملابس والآلات والعقارات.

والاصل، ان طبيعة الشيء هي التي تحدد قابلية الشيء أو عدم قابليته للاستهلاك، وعلى أنه يجوزلارادة الأفراد تغيير استعمال الشئ إلى ما يخرج به عن طبيعتة، مثال ذلك اعارة نقود لعرضها، وليس لانفاقها أو لاستهلاكها استهلاكا نظاميا.

وتبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك، في أن بعض الحقوق وبعض العقود لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك، لما تقتضيه طبيعة هذه الحقوق والعقود من تكرار استعمال الشئ ثم رده دون استهلاكه. ومثال ذلك، حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكني، وكذلك عقد الايجار وعقد العارية.

ثالثا ـ الأشياء المثلية والأشياء القيمية :

الأشيـاء المثليـة، هي التي يقـوم بعـضهـا مقـام بعض عند الوفـاء، والتي تقـدر عـادة في التـعـامل بين الناس بالعـدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. ومـثـال ذلك النقـود ، والحـبـوب والاقـمـشـة والزيوت حتى لو كانت من نفس الصنف والجودة. أمـا الأشيـاء القـيـمـيـة، فـهي التي تتـفـاوت آحـادها تفـاوتا يعتد به، ولذلك لا تقوم مقام بعضها في الوفـاء، مثـال ذلك الأرض والمنازل والحيـوانات. وقـد عـرف جانب من الفـقـه الإسـلامي الأشـيـاء المثليـة بأنهـا الأشياء التي يوجدلها مثيل في المتجر بدون تفاوت بينها يعتد به. والأشياء القـيمـية هي الأشيـاء التي لا يوجد لها مـثـيل في المتـجر أو يوجد لهـا مثيل ولكن مع تفاوت القيمة.

والأصل أن طبـيـعـة الشئ هي التي تحدد مـا اذا كـان مـثليـا أو قـيـمـيـا بحـسـب مـا اذا تماثلت أو اخـتـلفت آحـادها. إلا أنه يجـوز لإرادة الأفـراد ان تسبغ الصفة المثلية أو القيمية على الشئ خلافا لما تقضي به طبيعته. ومثال ذلك، شراء مـحـصـول القمح الذي تنتـجه أرض معـينة للبائع، وايضا شراء عشرة من الغنم مـن قطيع معين مع تحديدها بأعـمارها وأوزانهـا دون تحديد بذواتها.

ويبدو أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة فيما يلي :

ا ـ من حيث الهلاك

ينقضي الالتزام بهلاك الشيء القيـمي، فإذا باع شخص حصانا وهلك قبل

التسليم، برأت ذمته لاستحالة التنفيذ، لأن حصانا آخر لا يقوم مقامه في الوفاء. أما اذا كان موضوع الالتزام شيئا مثليا وهلك، فلا تبرأ ذمة المدين بل عليه الوفاء بغيره، لأن المثليات يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، فإذا هلك القمح لدى تاجر الحبوب التزم بتقديم غيره للمشتري.

ك- من حيث انتقال الملكية

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد التعاقد، مثل شراء حصان معين أو سيارة محددة برقمها. أما اذا كان المنقول معينا بالنوع أي من المثليات كمقدار من القمح من تاجر الحبوب، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكن بالإفراز.

٣- ذهب الفقه الإسلامي إلى القول بأن المثلى يثبت دينا في الذمة، إذا ما عين بأوصافه، بخلاف القيمي فإنه لا يثبت في الغالب دينا في الذمة ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها.

٤- إذا تعدى إنسان على شيء من الأشياء المثلية فأتلفه، ضمن في الفقه الإسلامي مثله لا قيمته، أما إذا تعدى على شيء من الأشياء القيمية ضمن قيمته.

٥ـ من حيث الوفاء

في الأشياء القيمية يكون الوفاء بالشيء المتفق عليه، مثل سيارة معينة أو حيوان معين أو أرض معينة، لا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى. أما إذا كان الشيء مثليا، فإنه يجوز للمدين الوفاء بشيء من نفس النوع وبنفس المقدار مثل التعاقد على بيع كمية من الحبوب أو من الزيوت.

٦ـ من حيث المقاصة

الديون القابلة للمقاصة هي التي يكون موضوعها نقودا أو مثليات متحدة في النوع أو الجودة، فإذا كان كل من الطرفين يداين الآخر بنقود أو بمقدار من القمح من نفس النوع أو الجودة أمكن اجراء المقاصة بين الدينين. ولكن لا تجرى المقاصة بين القيميات.

رابعا ـ العقارات والمنقولات

يتفق فقهاء الشريعة والنظام على أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. ومع ذلك، نصت بعض التشريعات على أن يعتبر عقارا بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

فالاشياء تنقسم من حيث ثباتها، إلى عقارات ومنقولات. والعقار طبقا

لفقه القانون يكون عقارا بالطبيعة أو عقاراً بالتخصيص. والمنقول أما أن يكون منقولا بالطبيعة أو منقولا بحسب المال.

والعقار بالطبيعة، هو كل شيء مستقر ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف. وسواء أكان ذلك من أصل خلقته مثل الأرض، أو بصنع صانع مثل المباني. ولكن اذا كان يمكن نقل الشيء من مكانه دون تلف، مثل المباني الخشبية المصممة بحيث تحتمل الحل واعادة التركيب. فلا يعتبر عقارا. أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر عقارا، ولو كانت معدة لمدة قصيرة مثل المعارض. وعلى ذلك تعد عقارات بالطبيعة الاراضي والمباني والاشجار.

أما العقار بالتخصيص فهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله. ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أولا، أن يكون المنقول مرصودا لخدمة العقار.

وثانيا أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله وليس لخدمة شخص المالك أو استعماله.

وعلى ذلك تعد عقارات بالتخصيص، التماثيل التي توضع على قواعد ثابتة والآلات الزراعية والصناعية، والماشية في الأرض الزراعية ومفروشات الفنادق. والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية. ولكن لا يعد عقارا بالتخصيص السيارة التي يعدها صاحب الفندق أو الارض الزراعية لاستخدامه الخاص، لانها غير مخصصة لخدمة العقار. أما السيارة

الملحقة بالفندق أو المزرعة أو المصنع لنقل العملاء أو المنتجات فتعد عقارا بالتخصيص.

ويراعى أنه لا يشترط أن يكون المنقول لازما أو ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله، بل يكفي تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله، ولو لم تكن الضرورة تقتضي ذلك. كما أنه لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، بل يكفي ألا يكون عارضا. ومتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار.

والمنقول هو كل شيء غير مستقر ويمكن نقله من مكانه دون أن يصيبه تلف. مثال ذلك الحيوانات والسيارات والسفن والطائرات وكذلك الكتب والبضائع والمأكولات. ويعد من المنقولات ايضا الاشياء المعنوية مثل المصنفات والاختراعات والعلامات التجارية على أساس ان الفقه يطلق صفة المنقول على كل ما ليس عقارا.

وقد اظهر الفقه الإسلامي اهميةالتفرقة بين العقار والمنقول فما يلي من احكام تمثل نظاما مستقلا لكل من المنقول والعقار.

١ـ لا يثبت حق الارتفاق على مال منقول، انما يرد على عقار.

٢ـ لا شفعة في المنقول إذا بيع استقلالا عن العقار.

٣ـ يجوز للوصي على الصغار ان يبيع منقولاتهم متى رأى مصلحة في ذلك، في حين لا يجوز ان يبيع عقاراتهم إلا إذا وجد لذلك مسوغ شرعي يبرر هذا البيع.

٤ـ في كل الأحوال يجوز وقف العقار، في حين لا يجوز وقف المنقول إلا في الأحوال التالية:

أ ـ ان يجرى عرف بوقفه.

ب ـ أن يكون تابعا لعقار.

٥ـ يذهب جانب كبير من ائمة الفقه الإسلامي إلي القول بأنه اذا بيع العقار جاز لمشتريه ان يتصرف فيه ببيعه قبل أن يتسلمه.

٦ـ في حالة التنفيذ على اموال المدين المحجوز عليها، يبدأ أولا ببيع المنقول ثم العقار.

المبحث الثاني
في
الاعمال

محل الحق الشخصي هو العمل الذي يجب على المدني القيام بة وهذا العمل قد يكون اعطاء شئ او يكون عملا ايجابيا غير الاعطاء ، أو يكون إمتناعاً عن عمل ، وبهذا يصبح موضوع الحق الشخصي دوماً اعمالاً إيجابيه أو اعمالا سلبيه ، وتعدد وتتنوع الاعمال التي تصلح أن تكون موضوعاً للحزّ الشخصي في صور لا تتناهى ولا تقع تحت حصر . وترتيباً على ذلك نفضل استعراض الشروط التي يجب توافرها في الاعمال التي تصلح ان تكون موضوعاً للحق الشخصي ، عن استعراض الصور التي تكون عليها هذه الاعمال . وأيا كانت الصوره التي تأتي فيها هذه الاعمال ، فيشترط ان تتوافر في هذه الاعمال شروط ثلاثة هي :

ا - يكون يكون العمل ممكناً .

يشترط في العمل الذي يصلح محلاً وموضوعاً للحق الشخصي ان يكون ممكنا . يكون العمل ممكنا ، اذا كان غير مستحيل في ذاته ويستطيع المدين القيام به وفي اعتقادنا ان هذا الشرط يعد من الشروط المنطقيه ، فلا يسوغ ان يكون موضوع الحق الشخصي عملا يستحيل اجراؤه ، والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المطلقة بالنسبة للكافة . ،ومن أمثلة العمل غير

الممكن ، ان يتعهد طبيب بان يعالج مريضاً سبق له ان توفى . أو أن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم قضائي اذا كان ميعاد الاستئناف قد انقضى قبل التعهد . وان يتعهد فنان بالنقش على الماء .

٢ - أن يكون العمل معيناً او قابلاً للتعين .

يجب ان يكون العمل الذي يلتزم به المدين معيناً او قابلاً للتعين ، حتى يتحدد او يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه ، ويتعين العمل - غالباً - بواسطة الادارة التي اتجهت الى انشاء الالتزام ، أما اذا لم يكن العمل محدداً ومعيناً ، فيكفي في هذه الحالة ان تتوفر العناصر اللازمه للنهوض بهذا التعيين ، كأن يبيع شخص لآخر بسعر السوق في يوم معين ، أو بالسعر الذي يحدده شخص ثالث يعينه المتعاقدان في عقد البيع .

٣ - أن يكون العمل مشروعاً

لا ريب في ضرورة ان يكون العمل الذي يلتزم به المدين مشروعاً . ويعد العمل مشروعاً اذا كان غير مخالف لاحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها السامية . ومن ثم اذا كان العمل مخالفا للشريعة الاسلامية فلا يصلح موضوعاً ومحلاً للحق ، كمن يتعهد بقتل شخص او بتوريد كمية من المخدرات .

الباب الثالث
مصادر الحق

يتفق الفقه الاسلامي وفقه الانظمة على رد المصادر المباشرة للحق الى مصدرين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

ا - الواقعه القانونيه :

عرف بعض الفقهاء الواقعة القانونيه بانها كل حدث او عمل مادي يرتب النظام عليه اثر معينا متمثلا في انشاء الحق او نقله او تغيره او زواله ، والوقائع القانونية نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية ووقائع اختيارية بفعل الانسان . والوقائع الطبيعيه هي وقائع مفروضه علي الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه . ومن أمثلتها : الصواعق والبراكين والزلازل والفيضان والميلاد والموت . وأما الوقائع الاختيارية فهي الوقائع المادية التي تحدث بفعل الانسان ، ويرتب القانون على مجرد وجودها اثراً قانونياً معيناً . ويعتبر الفقه الاسلامي الوقائع القانونية كالجناية علي النفس والسرقه وقطع الطريق والاكراه والاتلاف والغصب ودفع غير المستحق والاثراء بلا سبب في بعض تطبيقاته والقرابه ، مصدراً من مصادر الحق الشخصي . وكما يعتبر الفقه الاسلامي الوقائع القانونية ، كالميراث ووضع اليد علي الشيء المباح والشفعه والالتصاق والحيازة والجوار بالنسبة الى حقوق الارتفاق مصدراً من مصادر الحق العيني او سبباً لاكتسابه . وقد ميز الفقه الاسلامي بين الواقعه

القانونية والتصرف القانوني ، فاعتبر التصرفات الفعليه بمثابة وقائع قانونية ، والتصرفات القولية بمثابة تصرفات قانونية .

والوقائع القانونية ايا كان نوعها قد تكون سبباً لكسب الحقوق المالية دون تفريق في هذا بين حق وآخر منها . كما قد تكون الوقائع القانونية مصدراً لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء يؤدي بدون ادنى شك الى انقضاء الحق العيني الوارد عليه .

٢ - التصرف القانوني :

يعرف التصرف القانوني بانه اتجاه ارادة شخص او اكثر الى احداث اثر قانوني يتمثل في انشاء حق او نقله او تغييره او انقضائه . ومن ثم يختلف التصرف القانوني عن الواقعه القانونيه في كونه عملاً ارادياً محضاً ، تتجه فيه الارادة الى احداث اثر قانوني معين . أما الواقعه القانونيه فهي كما اسلفنا - واقعه ماديه من فعل الطبيعه او فعل الانسان ، يرتب النظام عليها أثراً معيناً ، بصرف النظر عن وجود ارادة تتجه الى احداث هذا الاثر . ولا ريب ان التصرفات القانونية متنوعه ، ومع ذلك يمكن تقسيمها الى عدة تقسيمات تختلف باختلاف الزاوية التي ننظر اليها ، فقد يتم التصرف من جانب واحد كالاقرار والوصية . وقد يتم باتفاق ارادتين كالعقود . كما قد تكون هذه التصرفات ملزمه لجانب واحد وتصرفات ملزمه للجانبين واخيراً تنقسم التصرفات القانونية الى تصرفات بمقابل وتصرفات تبرعيه . سوف ندرس كل هذه التقسيمات في الجزء الثالث من هذا الكتاب .

الباب الرابع
استعمال الحق

تمهيد

يقصد باستعمال الحق تحقيق المصلحة التي شرع من اجلها حيث يخول الحق صاحبه مكنات أو سلطات معينة، يؤدى استعمالها إلى تحقيق مصلحته. ولا ريب أن هذه المكنات أو تلك السلطات هي مكونات مضمون الحق. ومن ثم، فإن مضمون حق المؤلف هو المكنات التي تثبت للمؤلف على مصنفه، سواء كانت معنوية أو مالية.

والأصل، أن تستعمل مكنات الحق في أطر لا يترتب عليه ضرر بالغير او المصلحة العامة. فقد انقضى العهد الذي كان لصاحب الحق الحريةالكاملة في استعمال المكنات او السلطات التي يخولها الحق، مادام انه ملتزم في هذا الاستعمال بالحدود التي يرسمها القانون. حيث كان السائد أن استعمال هذه المكنات أو السلطات يحمية القانون ويعفى صاحبه من المسؤولية المترتبة على استعمال الحق، بحسبانه يمارس عملا مشروعا. وكان الاتجاه السائد وقتذاك ان استعمال الحق مطلق من كل قيد، ولو قاد هذا الاستعمال إلى الإضرار بالغير، وعلى اثر هذه المغالاة في استعمال الحق، تطرفت بعض المذاهب الفكرية في اتجاه معاكس الى حد ان انكروا فكرة الحق ذاتها، واعتبروها مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازا.

وكما هو واضح، فإن هناك مغالاة من الجانبين في النظرة إلى الحق واستعماله. وعلى ذلك لم ينحاز فقه القانون والتشريعات الحديثة إلى أيا من المذهبين السابقين، انما اعتنق الفقه الحديث مذهبا وسطا بين النزعتين المتطرفتين، مضمونه ان استعمال الحق لا يكون مطلقا من كل قيد، حيث يؤدي هذا الإطلاق إلى الإضرار بالغير واغفال الصالح العام. كما لا يغدو مقبولا ان يقتصر الحق على مجرد وظيفة اجتماعية لمصلحة الجماعة. حيث لا يستساغ ان تتجاهل غايات وأهداف الافراد الشخصية. وقد اخذت التشريعات الحديثة في مجموعها بالمذهب الوسط الذي اعتنقه الفقه الحديث. وقد تجسد المذهب الوسط في النظرية المعروفة في الفقه والقضاء باسم «نظرية التعسف في استعمال الحق.

نظرية التعسف في استعمال الحق

موقف الفقه الإسلامي من التعسف

عرف الفقه الإسلامي فكرة التعسف منذ زمن بعيد، وفي اعتقادنا ان فكرة التعسف قد ظهرت في الفقه الإسلامي منذ اليوم الذي ولدت فيه فكرة الحق، فالحق في نظر الفقه الإسلامي منحه من الله العلي القدير للافراد لتحقيق غاية وهدف معين. ولما كان الأمر كذلك فإنه يتعين استعمال الحق لتحقيق هذه الغاية، وفي اطار الحدود الشرعية المرسومة من قبل الله عز وجل. وعلى ذلك إذا تجاوز صاحب الحق المصلحة المشروعة التي يهدف الى

تحقيقها من وراء استعماله لحقه، فإنه يصبح مخطئا.

وقد شملت فكرة التعسف عند الفقه الإسلامي صورا كثيرة. كتعمد الإضرار بالغير، وتخلف المصلحة عند صاحب الحق، الضرر العام، والضرر الفاحش الذي يتولد عن استعمال الحق. ويبين لنا بجلاء أن الفقه الإسلامي يقيد التصرف في الحق بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع والمحافظة على حق الغير وحقوق الجماعة. نخلص مما تقدم إلى القول بأن الفقه الإسلامي كان له فضل السبق في معرفة نظرية التعسف في استعمال الحق عن فقه القانون وصياغتها صياغة تضارع ان لم تفق في دقتها واحكامها احدث ما اسفرت عنه مذاهب الفقه الحديث من فقهاء الغرب.

التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق

فرق الفقه بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق واعتبر كل منهما أمر مختلفا عن الآخر. فالخروج عن حدود الحق يدخل صاحب الحق في نطاق محظور عليه. كما ان الخروج عن حدود الحق يعد محض تعدي على الغير. فالمالك الذي يخرج عن حدود ارضه إلى ارض الجار يعتبر متعديا على الجار ومخطئا وملتزما بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير. بينما في حالة التعسف في استعمال الحق فإن صاحبه يستعمله في النطاق الذي رسمه له المنظم أو مصادر الشريعة الإسلامية. ولكن نظرا لأن هذا الاستعمال لا يحقق الغاية والمصلحة التي من اجلها شرع الحق، فإن النظام

والشريعة الإسلامية لا تقر هذا الاستعمال. ومن ثم فليعلم كل صاحب حق أن الشريعة الإسلامية والنظام يراقبا استعمال الحقوق ولا يقرا الاستعمال اذا تعسف صاحب الحق في هذا الاستعمال. وقد بينت الشريعةالإسلامية والنظام الحد الفاصل بين نطاق استعمال الحق استعمالا مشروعا، ونطاق استعماله استعمالا غير مشروع.

حالات الاستعمال غير مشروع للحق

مما لا ريب فيه أنه لا يجوز لصاحب الحق ان يستعمل حقه استعمالا غير مشروع، ولكن متى يعد استعمال الحق استعمالا غير مشروع؟ يجمع الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية التي اخذت عنه، ان استعمال الحق يكون غير مشروع في الحالات التالية:

١ـ اذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير

لا خلاف في اعتبار الشخص متعسفا في استعمال حقه اذا لم يستعمله الا بقصد الإضرار بالغير. فاستعمال الحق يكون مرفوضا اذا لم يقصد به سوى مجرد الحاق الاذى والاضرار بالغير. ولو ترتب على ذلك نفع لصاحبه. ويستشف القضاء نية الاضرار بالغير من عدمه وجود مصلحة يعود على صاحب الحق من استعماله او تفاهة هذه المصلحة. وفي كل الاحوال يتعين ان يثبت ان صاحب الحق قد استعمل حقه بقصد الإضرار بالغير. ويستطيع المدعي ان يثبت هذا القصد بكافة طرق الاثبات.

٢ـ رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا

اذا اثبت ان هناك تفاوتا صارخا في الفائدة التي تعود على صاحب الحق من استعماله حقه وبين الضرر الذي يترتب لغيره بسبب هذا الاستعمال. فإنه يصبح متعسفا في استعمال حقه. وعلى ذلك يغدو استعمال الحق غير مشروع اذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال. وعلى ذلك نصت بعض التشريعات على أن «ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

٣ـ عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

لاشك في اعتبار الشخص متعسفا في استعمال الحق اذا كان يستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة. حيث ان الحقوق ليست لها قيمة في نظر النظام والشريعة الإسلامية إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة. فصاحب العمل يكون متعسفا عندما يفصل العامل بسبب افكاره السياسية التي لا تأثير لها على العمل. وكذلك يعتبر متعسفا في استعمال حقه كل من استعمل منزله في اعمال منافية لاحكام ومبادئ الشريعة الاسلامية.

القسم الثالث
في
نظرية الالتزام

دكتور

محمد علي عمران

وكيل كلية الحقوق

جامعة عين شمس السابق

والاستاذ بكلية الاقتصاد والادارة

جامعة الملك عبد العزيز

دكتور

محمود المظفر

الاستاذ بالجامعة المستنصرية

ببغداد سابقا

والاستاذالمساعد بكلية الاقتصاد والادارة

جامعة الملك عبد العزيز

فصل تمهيدي

تقتضي دراسة الالتزامات منا أن نبدأ أولا بتعريف الالتزام وبيان ماهيته وتقسيمات الالتزام ثم نعرض بعد ذلك وبصفة موجزة لمصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية واخيرا نظرية العقد وهي التي تحتل مركزا رئيسيا في دراستنا.

المبحث الأول
التعريف بالالتزام وبيان أنواعه

أولا: التعريف بالالتزام

يعرف الفقهاء الالتزام بأنه حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل.

وبهذا التعريف نتلافى الخلاف الذي كان قائما بين أنصار المذهب الشخصي وأنصار المذهب المادي فليس الالتزام كما عرفه به التقنين المدني المصري القديم (م ٩٠/١٤٤) بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون، ذلك لأن في الأخذ بهذا التعريف اعتناقا للمذهب الشخصي وفي تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ما يدل على أن للالتزام ناحية مادية كما أن له أيضا ناحية شخصية. ولهذا التعريف ايضا يرجع الفضل في أن الدائن قد يكون معينا عند نشأة الالتزام وقد يكون غير معين.

ثانيا: أنواع الالتزام

١ـ الالتزام باعطاء وبعمل وبامتناع عن عمل

قد يكون الآداء الذي يجب على المدين القيام به اعطاء وقد يكون عملا أو امتناعا عن عمل. فقد يكون الالتزام الملقى على عاتق المدين سلبيا (الالتزام بامتناع عن عمل) وقد يكون العمل الذي يجب على المدين أداؤه هو نقل حق عيني أو انشاؤه على شيء وهذا هو الالتزام باعطاء. فالالتزام باعطاء اذن هو التزام بنقل حق عيني (اصلي كالملكية أو الارتفاق أو تبعي كالرهن). ومن صور الالتزام باعطاء ايضا التزام المدين بدفع مبلغ من النقود. ومثال ذلك التزام المشتري بدفع ثمن المبيع، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام من تسبب بفعله الخاطئ بتعويض الغير عما سببه له من ضرر، ذلك لأن الالتزام هنا محله نقل ملكية منقول هو مبلغ من النقود.

٢ـ الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية

قال بهذه التفرقة الاستاذ الفرنسي الكبير DEMOGUE فلقد قسم الالتزامات الى التزامات بتحقيق نتيجة وآخرى ببذل عناية. ويكون الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاما بتحقيق نتيجة اذا كان ملتزما بتحقيق اداء معين أو نتيجة معينة. ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع، والتزام الوكيل بابرام التصرف الذي وكل فيه باسمه ولحساب الأصيل. ويكون الالتزام ببذل عناية اذا لم يكن مطلوبا من المدين تحقيق نتيجة معينة بل

فقط بذل العناية الكافية المؤدية اليها ومثال ذلك التزام الطبيب فهو يلتزم اصلا ببذل عنايةوليس بتحقيق نتيجة.

ولقد ذهب جانب من الفقه في فرنسا الى نقد هذه التفرقة ويقولون أن الالتزام لا يكون ابدا بتحقيق نتيجة ذلك لأن الالتزام الملقي على عاتق المدين ان جاز أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة فلم نجز للمدين الفكاك من المسؤولية ان هو اثبت السبب الاجنبي المؤدي الى حدوث الضرر هذا من جهة، ومن جهة اخرى فقد قيل ايضا آن العقد الواحد قد يشتمل على التزام بتحقيق نتيجة وآخر ببذل عناية فالتزام الطبيب بعيادة المريض - اقصد بذلك عيادة المريض في حد ذاتها - يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية.

ومع ما قيل من نقد الا أن التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية ظلت مع ذلك ثابتة راسخة ومستقرة فقها وقضاء.

معيار تقسيم الالتزامات الى التزامات ببذل عناية وأخرى بتحقيق نتيجة

تعددت المعايير التي قيل بها في هذا الشأن فذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى القول بأن الإرادة وحدها هي الفيصل في تحديد ما اذا كان الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة. وذهب رأي ثان إلى القول بأن فكرة الاحتمال هي المعيار ورأي ثالث قال به أيضا جانب من الفقه في فرنسا يميل أصحابه الى الربط بين تقسيم الالتزامات الى التزامات بتحقيق نتيجة

وآخرى ببذل عناية وبين مشاركة الدائن أو عدم مشاركته في تنفيذ الالتزام. وأخيرا قالوا إن الالتزام يكون بتحقيق نتيجة اذا التزم المدين بأداء معين محدد ويكون الالتزامات ببذل عناية اذا التزم المدين فقط باتخاذ الوسائل المؤدية الى تحقيق تنفيذ هذا الآداء.

المعيار الأول - الإرادة

في نطاق العلاقات العقدية فإن الإرادة وحدها هي الفيصل في معرفة ما اذا كان الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة. فإذا انصرفت إرادة المتعاقدين الى ان يكون الالتزام الملقي على عاتق المدين التزاما بتحقيق نتيجة كان الالتزام بتحقيق نتيجة، وفي غير ذلك من الحالات فإن الالتزام يكون ببذل عناية. وعلى القاضي وهو بصدد الوصول إلى هذا الهدف أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مستهديا في ذلك بطبيعة التعامل وبما يوجبه من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

ويعيب هذا المعيار أن الإرادة قد يكتنفها الغموض ويصعب تبعا لذلك الوقوف على نوع الالتزام، هل هو بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية. وعلى أية حال فإنه لا يجب أبدا ان تخالف هذه الارادة قاعدة من قواعد النظام العام، كأن تخالف هذه الإرادة مثلا القاعدة الخاصة بوجوب المحافظة على سلامة جسد الانسان فتجعل من التزام المدين فيه التزاما ببذل عناية.

المعيار الثاني - الاحتمال

ولقد تردد هذا المعيار كثيرا في الفقه والقضاء الفرنسيين ولقد كان أول القائلين به هو الاستاذ الكبير Tunc وهو يرى أنه لا يمكن أبدا القول بأن التزاما ما يكون بتحقيق نتيجة اذا كان تحقق هذه النتيجة غير مؤكدة، أو بعبارة أخرى اذا كان الغموض يكتنف تحقيقه فالطبيب لا يلتزام ابدا بشفاء المريض، ذلك لأن الشفاء من قبل ومن بعد بيد الله وحده، ومع ذلك فإن على الطبيب واجب استخدام كافة الوسائل العلمية المقررة في العلوم الطبية، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ماتوجبه عليه أصول المهنة من جهد، وذلك كله بغية التوصل إلى شفاء المريض. ولا يعتبر مخطئا لمجرد عدم تحقق هذه النتيجة ذلك لأن التزامه ليس بتحقيق نتيجة ولكن ببذل عناية، فعلى المريض اذن اذا ما اصابه ضرر أن يثبت الخطأ وعلاقة السببية بينهما والضرر فالاحتمال اذن هو المناط في التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق النتيجة.

المعيار الثالث - مساهمة الدائن

ولقد قال بهذا المعيار جانب آخر من الفقهاء من فرنسا وهم يرون ان الالتزام الملقي على عاتق المدين لا يكون بتحقيق نتيجة اذا كان تحقق هذه الأخيرة متصلا بشكل أو بآخر بسلوك الدائن. فإذا أسلم الدائن نفسه (المسافر) أثناء تنفيذ عقد النقل لأدوات الناقل وتابعيه، كان التزام الناقل بإيصاله الى جهة الوصول التزاما بتحقيق نتيجة، وهو فعلا يكون ملتزما

بضمان سلامته. وأما اذا كان موقف الدائن ايجابيا ـ والأمر يكون كذلك اذا كان للمسافر دورا ما ـ فالتزام المدين يكون عندئذ التزاما ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة.

وهناكِ من الفقهاء من يجمع بين معياري الاحتمال ومساهمة الدائن وهناك من يفصل بينهما ويقولون أن المساهمة الإيجابية للدائن تجعل تحقق النتيجة بالنسبة للمدين احتماليا، وبالتالي فإن التزامه يكون ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

المعيار الرابع ـ وهو المعيار الذي قال به الاستاذ Fossard

ويذهب الاستاذ فوسار الى القول بأن المعايير السابقة غير واضحة وكثيرا ما يكتنفها الغموض، ويرى أن المعيار الصحيح للتفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة يكمن في معرفة ما اذا كان الالتزام الملقي على عاتق المدين التزاما بتحقيق أداء معين أم لا. وهو يكون كذلك اذا كان الالتزام الملقي على عاتق المدين التزاما بتحقيق نتيجة، ويكون الالتزام ببذل عناية في غير ذلك من الحالات.

الأهمية المترتبة على تقسيم الالتزام الى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة

يذهب الفقهاء عادة الى القول بأن تقسيم الالتزامات الى التزامات ببذل عناية وأخرى بتحقيق نتيجة أمر بالغ الأهمية خاصة فيما يتعلق بعبئ

الاثبات.

فإذا كان الالتزام الملقي على عاتق المدين التزاما بتحقيق نتيجة، فيكفي الدائن أن يثبت عدم تحقق النتيجة ولا يستطيع المدين عندئذ ان يتخلص من المسؤولية الا اذا اثبت السبب الاجنبي الذي ادى إلى عدم تنفيذ الالتزام. وأما اذا كان التزام المدين ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة فعلى الدائن أن يثبت فضلا عن عدم تحقق الهدف المقصود الخطأ وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصابه من ضرر.

فالتزام الطبيب - مثلا - بكل المعايير التزام ببذل عناية. وعلى المريض اذا طالب الطبيب بتعويض عن أضرار اصابته من عمل هذا الاخير ان يثبت خطأه اذ ان مسؤولية الطبيب لا تفترض. ويلاحظ مع ذلك أن البحث فيمن يتحمل بعبئ الاثبات وان كانت له اهمية نظرية إلا أن اهيمته العملية محدودة ذلك لأنه من الملاحظ في العمل ان من يقع عليه عبئ الاثبات لا ينفرد بتقديم الأدلة في الوقت الذي يقف فيه الطرف الآخر موقفا سلبيا إلى أن يفرغ الطرف الأول من تقديم أدلته، بل ان كلا من الطرفين يقدم ما لديه من ادلة ويرد على ما يقدمه الآخر منها ويتولى القاضي بعد ذلك مهمة الترجيح بين كافة الأدلة المقدمة في الدعوى، وهذا هو الذي يفسر لنا وفقا لما يذهب اليه الفقه في مصر أن مشكلة من الذي يقع عليه واجب الاثبات لم تستوقف القضاء في مصر كثيرا. ومع ذلك يظل لهذه المشكلة أهميتها في الحالات التي يصعب فيها ترجيح أدلة احد المتخاصمين فيتعين الحكم على من كان عليه واجب الاثبات منهما.

٣ـ الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

وقد يكون الالتزام طبيعيا وقد يكون مدنيا. والالتزام الطبيعي هو التزام لا يوجد به سوى عنصر المديونية دون المسؤولية، فإذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه ولا يستطيع فيه الدائن أن يطالب المدين قضاء بتنفيذ التزامه. ومع ذلك فإنه اذا وفى المدين بالتزام طبيعي فإنه لا يستطيع بعد ذلك ان يسترد ما وفاه.

ويقدر القاضي عند عدم وجود النص الحالات التي يمكن فيها قيام التزام طبيعي، ولا يجوز بحال من الاحوال أن يقوم التزام طبيعي مخالف للنظام العام فالقاضي هو الذي يحدد اذن عند عدم وجود النص الحالات التي يمكن أن يقوم فيها الالتزام الطبيعي.

فقد ينص القانون على وجود التزام طبيعي في بعض الحالات، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٨٦ مدني مصري من أنه يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمةالمدين التزام طبيعي فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الالتزام ويتخلف في ذمة المدين المتمسك بالتقادم مع ذلك التزام طبيعي.

والقاضي وهو يحدد ذلك انما يفصل في مسألة واقع ومسألة قانون. وهو لا يخضع بالنسبة للأولى لرقابة محكمة النقض، في حين يخضع بالنسبة للثانية لرقابة هذه المحكمة.

وأما عن مسألة الواقع فلا تخرج عن كونها تحصيل الوقائع الثابتة مما

يقدم له من أوراق، وأدلة ومستندات.

وأما عن مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي، وتكييف هذه العناصر واعطائها الوصف القانوني الصحيح. ويذهب جانب من الفقهاء في مصر في هذا الخصوص ـ إلى القول بأن عمل القاضي هنا اقرب الى وضع النظام اذ هو الذي يقدر عند عدم وجود نص ما اذا كان هناك التزام طبيعي أم لا.

ويتنازع تحديد الالتزام الطبيعي نظريتان:

أولا : النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي

وتقارب هذه النظرية بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني. وتباعد بينه وبين الأخلاق. فالالتزام الطبيعي هو التزام مدني متحلل Obligation Civile degenree فالالتزام الطبيعي هو في الاصل التزام مدني عاقه عائق عن انتاج كافة آثاره. وقد يتحقق هذا منذ البداية كالتزام ناقص الاهلية وقد يحدث هذا بعد نشوء الالتزام ويقع ذلك مثلا في التقادم أو في الصلح مع المفلس.

والذي يعيب هذه النظرية هو أنها تحاول الفصل تماما بين منطقتي القانون والاخلال والآداب. وهذا الفصل غير صحيح ذلك لأن الالتزام الطبيعي لا يخرج عن كونه واجبا ادبيا اعترف به القانون.

ثانيا: النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي

يبتعد انصار هذه النظرية بالالتزام الطبيعي عن الالتزام المدني ويعتبرون الالتزام الطبيعي واجبا اخلاقيا ارتضى به القانون واعترف له ببعض الآثار. ولا تلازم اذن بين الالتزام الطبيعي والتزام المدني. بل إن للالتزام الطبيعي فضل ايجاد الصلة بين القانون والآداب. فالالتزام الطبيعي هو في الاصل واجب ادبي يرتب عليه القانون بعض الآثار فيعترف فيه بمديونية بغير مسؤولية. ولا يكون للدائن فيه ان يجبر المدين على تنفيذه. وإذا وفى به المدين بعد ذلك مختارا وهو يعلم انه يوفى بالتزام طبيعي، فلا يكون له ان يسترد ما وفاه.

عناصر الالتزام الطبيعي

العنصر الأول: الالتزام الطبيعي واجب ادبي

ويجب أن يكون هذا الواجب محددا وقابلا للتنفيذ فإذا كان هذا الواجب مبهما فإنه لا يصلح التزاما طبيعيا.

العنصر الثاني: احساس المدين ان في ذمته التزاما طبيعيا

وليس المقصود بذلك أن يحس المدين بذاته بأن في ذمته يوجد هذا الالتزام، ذلك لأن المعيار موضوعي لا ذاتي ويكفي ان يدخل في الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير والناس أن يؤدى.

العنصر الثالث: يجب ألا يخالف هذا الالتزام النظام العام

وتعرف قواعد النظام العام بأنها الضرورية واللازمة لحفظ أمن وسلام الجماعة. وهذا هو ما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠٠ مدني «في كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام».

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه بالتقادم التزاما طبيعيا ألا يكون مخالفا للنظام، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه اذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه اي التزام طبيعي واذن فمتى كان الحكم قد قرر ان دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون.

ثالثا: تحليل الالتزام (عنصري المسؤولية والمديونية)

يحلل الالتزام عادة الى عنصرين: المديونية، والمسؤولية. ويقتصر عنصر المديونية على الواجب الذي يقع على عاتق المدين القيام به سواء أكان هذا الواجب ايجابيا ام سلبيا وأما عن العنصر الثاني وهو عنصر المسؤولية فإنه بمقتضاه يكون المدين مسؤولا عن تنفيذ دينه، وقد يجتمع العنصران: عنصري المديونية والمسؤولية، وقد لا يجتمعان. واذا كان الالتزام كاملا اجتمع فيه العنصران ويكون للدائن مطالبة مدينه بالوفاء، وله أن يجبره على ذلك. وقد يوجد عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية. ويكون ذلك اذا كان الالتزام مثلا قد انقضى بمضي المدة فالقاعدة انه يتخلف عن الالتزام المدني

عندئذ التزام طبيعي. فيكون عنصر المديونية في هذه الحالة قائما دون عنصر المسؤولية. ويترتب على ذلك انه اذا وفى المدين بدينه مع علمه بأنه يوفي بالتزام طبيعي وهو التزام ناقص فلا يكون له ان يسترد بعد ذلك ما وفاه.

وقد تستند المديونية الى مسؤولية محددة. ويكون ذلك اذا انحصرت مسؤولية المدين عن دين عليه في بعض امواله دون البعض الآخر. ومثال ذلك من يقدم عينا يملكها ضمانا للوفاء بدين عليه على أن يتنازل الدائن عن حقه في استيفاء دينه من سائر اموال المدين ومسؤولية الورثة عن ديون التركة هي الأخرى مسؤولية محددة. فإذا كانت القاعدة هي انتقال جميع اموال المورث الى ورثته فور وفاته ولا يتراخى هذا الانتقال ولو للحظة واحدة، فإن الذي ينتقل الى الورثة وهم الخلف العام لمورثهم ، هو كافة ما للمورث من حقوق وما عليه من التزامات. بيد أن هناك قاعدة آخرى، متعلقة بالنظام العام ومستمدة من الشريعة الإسلامية، قوامها الا تركة الا بعد سداد الديون. وللتوفيق بين القاعدتين السابقتين يقال ان جميع اصول التركة وخصومها تنتقل من المورث الى الورثة فور الوفاة، ولكنها تنتقل وقد تعلق بها حق دائني التركة. وتتحدد مسؤولية الورثة في حدود وبقدر ما انتقل اليهم من اصول التركة.

وقد يوجد عنصر المسؤولية بغير مديونية حالية أو بغير مديونية ذاتية ومثال ذلك الكفيل فهو يلتزم بسداد الدين المكفول، اذا لم يف به لمدين. في الوقت الذي لا يعتبر فيه هو مدينا. وقد ينشأ الرهن ضمانا لدين مستقبل أو دين احتمالي، وهكذا يوجد عنصر المسؤولية بغير مديونية حالية.

المبحث الثاني
ترتيب مصادر الالتزام

ترتب القوانين القديمة ـ وخاصة اللاتينية منها ـ مصادر الالتزام على النحو التالي: العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، والقانون.

وأما عن العقد فهو اتفاق ارادتين على انشاء التزام ومثال ذلك عقد الايجار وفيه يتفق كل من المؤجر والمستأجر على أن يلتزم الاول بتمكين الثاني من الانتفاع بالعين المؤجرة وعلى ان يقوم الثاني بالوفاء بالاجرة. واما عن شبه العقد فهو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير وقد ينشأ عنه التزام الغير ايضا، ومثال ذلك الفضولي فهو يقوم بعمل لحساب آخر ـ هو رب العمل ـ دون ان يكون ملزما بذلك، وعليه أن يمضي في العمل الى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، وعلى رب العمل ان ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي وان يعوضه عما انفقه.

وأما عن الجريمة فهي فعل ضار يأتيه صاحبه بنية الاضرار بالغير، فلا تكون الجريمة اذن الا عمدية وشبه الجريمة لا يقترن بنية الاضرار وما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بالتعدي وهو في هذا الخصوص يختلف عن الجريمة العمدية. وقد يكون القانون مصدرا للالتزام. ومثال ذلك الالتزامات التي تنشأ بين افراد الاسرة (الالتزام بالنفقة بين الاقارب).

ثم نقل بعد ذلك «بوتييه» هذه المصادر الى مجموعة نابليون (القانون المدني الفرنسي).

رأي الاستاذ «بلانيول» في ترتيب مصادر الالتزام

ولقد انتقد الاستاذ بلانيول ترتيب مصادر الالتزام على نحوها السابق. ويرى أن مصادر الالتزام لا تكون الا اثنان العقد والقانون. وأما عن الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد فيمكن ردهم جميعا الى القانون. ذلك لان الالتزامات التي تنشأ عن هذه المصادر الثلاثة ليست الا التزامات جزائية يمكن ان ترد جميعا الى القانون. ففي الجريمة وشبه الجريمة يمكن ان يقال ان اساس الالتزام ومصدره هو الاخلال بواجب قانوني سابق يتحصل في وجوب عدم الاضرار بالغير. اذا تعلق الامر بالجريمة وشبه الجريمة، وفي وجوب عدم الاثراء على حساب الغير اذا تعلق الأمر بالاثراء بلا سبب.

الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

تكاد ان تجمع كافة التشريعات الحديثة على أن ترتيب مصادر الالتزام على النحو التالي: العقد، والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب واخيرا القانون. واما عن القانون المدني المصري فهو لم يورد تقسيما معينا لمصادر الالتزام ولا ترتيبا معينا لها ولكن واضعي هذا التقنين عالجوا هذه المصادر المختلفة في فصول متعاقبة مرتبة وفقا للنحو السابق.

وكثيراً ما يقسم الفقه مصادر الالتزام الى ارادية وغير ارادية . والمصادر الإرادية هي العقد والإرادة المنفرده والمصادر غير الارادية هي العمل غير المشروع L' acte illicite والإثراء بلا سبب والقانون .

وتحتل دراسة نظرية العقد موقعا متميزاً في هذا المؤلف وأما عن الارادة المنفرده فليس لها من الناحية العملية مااللعقد من أهميه ومع ذلك فإنها تعتبر وفقا للكثير من التشريعات العربية مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام ، من ذلك مثلا الوعد بجائزه فالواعد يلتزم بارادته المنفرده . وأما عن العمل غير المشروع المرتب لمسئوليه من يسند اليه ، فإنه يعتبر مصدراً هاماً من مصادر الالتزام وهذه المسئوليه قد تكون أدبية او قانونية واما عن المسئولية القانونية فأنها قد تكون جنائية أو مدنية وتنقسم المسئلية المدنية الى عقدية و تقصيرية . وتكون المسئوليه عقديه اذا كان هناك عقد صحيح بين طرفي العلاقه ويشترط لاعمالها ان يكون الضرر الذي أصاب احد المتعاقدين قد نشأ عن إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام عقدي . ولقد حاول بعض الفقهاء الغاء التفرقه بين المسئوليتين العقديه والتقصيريه والقول بوحدة المسئوليه L' unite' de respon a blite' ومع ان بنيان المسئوليتين واحداً الا ان التفرقه بينهما لا زالت قائمة وعليها تؤسس الكثير من التشريعات الوضعيه احكامها ، وحيث تكون المسئولية عقدية فلابد من إعمال احكامها فلا خيرة بين المسئوليتين .

وقد تكون المسئولية شخصية وقد تكون مسئولية عن فعل الغير . وأما عن المسئولية الشخصية عقدية كانت أم تقصيرية فانها قد تكون خطئيه او موضوعيه .

وتنبني المسئولية الشخصية الخطئيه على أركان ثلاثة : الخطأ والضرر

وعلاقة السببيه بين الخطأ والضرر فكل خطأ سبب مرتكبه ضرراً للغير يجب التعويض عنه (المادة ١٦٣ مدني مصري) وتقابلها فى التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٨٢ وهي مادة اساسية من مواد المسئولية . وعلى المضرور عندئذ إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببيه بينهما . بيد انه قد لوحظ في عصر إزداد فيه استعمال الآله ووجدت طائفه من البشر تملك وسائل الانتاج او وسائل احداث الضرر ووجدت طائفه اخرى هي التي تصاب بالضرر أن اثبات الخطأ بات امراً صعباً ، لذا نشأت المسئولية الموضوعية وهي التي لا يكلف فيها المضرور باثبات خطأ مرتكب الفعل الضار ، ولا يستطيع هذا الاخير الفكاك من المسئولية الا باثبات السبب الاجنبي او القوة القاهره La force majeure من ذلك مثلا مسئولية حارس الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة او الالات الميكانيكية ومسئولية حارس البناء . فمتى حدث الضرر قامت مسئولية الحارس ما لم يثبت السبب الاجنبي الذي أدى إلى حدوث الفعل الضار ، وقد تكون المسئولية عن فعل الغير من ذلك مسئولية المتبوع عن اعمال او اخطاء تابعه ومسئولية المكلف بالرقابه عن الخاصتين لرقابته .

وأما عن الإثراء بلا سبب او الفعل النافع فانه بدوره مصدرا اصليا ومستقلا من مصادر الالتزام وله بعض تطبيقات في كثير من التشريعات الوضعيه منها الفضاله ودفع غير المستحق .

وسوف نبدأ الان بدراسة العقد كمصدر من مصادر الالتزام .

الباب الأول

ماهية العقد وتقسيماته
وتحديد نطاقه

الفصل الأول
ماهية العقد

جاء في بعض التعريفات المنبثقة عن فقه الشريعة الإسلامية للعقد بأنه: عبارة عن «ارتباط الايجاب الصادر عن أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»، وواضح أن المراد بالإيجاب والقبول في هذا التعريف هو كل ما يصدر عن طرفي التعاقد من قول أو فعل يعبر عن رضاهما.

وقد أخذ بهذا التعريف كل من صاحب مرشد الحيران وبعض القوانين الوضعية في البلاد العربية، وهو منتزع في الأصل كما يظهر من كتاب (رد المحتار) لابن عابدين أحد فقهاء الأحناف.

وفي مقابل ذلك جاء في بعض التعريفات القانونية التقليدية للعقد بأنه عبارة عن: «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله».

وهذا النص أورد في المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي الذي عبر عن العقد بأنه نوع من الاتفاق.

والمعروف أن هذا القانون تبعه بعض شراحه، قد تأثر برأي الفقيهين دوما وبوتييه بصدد التمييز بين العقد والاتفاق، حيث اعتبروا العقد نوعا

والاتفاق جنسا له، خلافا لغيرهم من الفقهاء الفرنسيين الذين جنحوا إلى القول بالتسوية بين هذين المصطلحين من ناحية المدلول.

ولعله تحاشيا من الدخول في هذا النحو من الخلاف بصدد معنى الاتفاق ومدى علاقته بالعقد فقد تجنبت بعض القوانين الوضعية الحديثة كالقانون المدني المصري ذكر أي تعريف للعقد، وذلك على اعتبار ان التعاريف هي صناعة فقهية وليست من مهمة التشريع وهو اتجاه سليم.

وعليه وبالنظر للملاحظات التي أثيرت حول التعريفين المذكورين وما يناظرهما من تعريفات فقهية أو قانونية نرى أن يصار إلى تعريف آخر للعقد يتيمز بدقة الصياغة مع توافر العناصر الأساسية فيه، ومن ذلك التعريف الذين وضعناه وهو أن العقد عبارة عن: «ارتباط إرادة بإرادة أخرى تطابقها، لإحداث آثر معتد به قانونا، أو شرعا». وذلك بحسب اختلاف طبيعة التشريع فيه، على أننا لا نصدر في هذا التعريف عما قيل من توصيف الفقه الإسلامي بـ (النزعة الموضوعية أو المادية) قبالا للفقه اللاتيني الذي وصف بأنه ذو (نزعة شخصية) ذلك أن الوصف المذكور للفقه الإسلامي إذا صح وروده في بعض التعريفات الفقهية للعقد فإنه لا يصح تعميمه على الفقه كله، وبالنسبة إلى الفقهاء جميعا، لأنه نوع من التحكم.

مقومات العقد الأساسية

وفي ضوء هذا التعريف الأخير ونحوه يتبين لنا أن العقد لابد فيه من توافر مقومين أساسيين هما:

١ـ وجود ارادتين متطابقتين:

٢ـ واتجاه هاتين الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني أو شرعي.

ومعنى ذلك ـ كما يظهر من المقوم الأول ـ أن الإرادة الواحدة لا تصلح لتكوين عقد وابرامه، وإنما لابد من اقترانها بإرادة أخرى، لذلك اعتبرت الإرادة المنفردة إذا ما نشأت لوحدها وتوافرت فيها شروطها: نمطا آخر من أنماط الالتزام أو مصدرا مستقلا ومتميزا عن العقد، وأن حاول البعض أن يعطيها أبعادا أخرى، كما اعتبر من جانب آخر (العهد) مقوماً مغايرا لمفهوم العقد في تكوين الروابط الشرعية لدى الفقهاء المسلمين.

بل إن الترابط المجرد بين إرادة وأخرى لا يكفي وحده لإنشاء العقد وإنما لابد من التطابق أو التوافق بين هاتين الإرادتين حول مضمون الرابطة القانونية، فلو انصرفت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع مثلا وكانت الأخرى منصرفة إلى الإيجار، فلا ينشأ بذلك عقد بمعناه الصحيح، ومثله لا ينشأ العقد لو اتجهت إرادة أحد الأطراف إلى إيجار متجر معين في حين اتجهت إرادة الطرف الآخر إلى إيجار منزل مثلا، فالاختلاف في الصورة الأولي حاصل في طبيعة العقد نفسه وفي الصورة الثاني حاصل في نوعية المحل الذي تناوله العقد.

أما بالنسبة إلى المقوم الثاني من مقومات العقد المذكورة والقاضي بضرورة اتجاه الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني أو شرعي معين، فواضح من مفهوم المخالفة للتعريف المذكور أن الإرادة إذا لم تتجه إلى إحداث هذا النوع من الأثر القانوني أو الشرعي فلا نكون بصدد عقد بمعناه الاصطلاحي الصحيح، وإنما بصدد اتفاق أو نحوه من العناوين الاصطلاحية، كالاتفاقات الداخلة في نطاق المجاملات الاجتماعية أو العائلية، فهذه لا تعبر عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أي أثر قانوني، كالاتفاق الذي يقوم على تلبية دعوة أو تنظيم لقاء أو الاتفاق الذي يقوم بين زوج وزوجته على إعطاء الزوجة إيرادا شهريا معينا، فهذه الاتفاقات ونحوها لا تصلح لاعتبارها عقدا منتجا لآثاره طالما أن المخالف فيها لا يوضع تحت طائلة القانون أو المساءلة.

الفصل الثاني
تحديد نطاق العقد

ولكن هل يلزمنا بعدئذ أن نعتبر كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني أو شرعي معين عقدا صحيحا تسري عليه ما يسري على العقد من قواعد وشروط؟

من المتفق عليه بين الباحثين من فقهاء القانون وغيرهم أن الروابط والاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية الداخلة في نطاق القانون الخاص يجب اعتبارها منضوية تحت دائرة العقود، يستوي في ذلك ما يرد منها على الأعيان، أو ما يرد منها على المنافع، أو ما يرد منها على أي عمل أو خدمة مشروعة، أو كل ما يتعلق منها بحقوق شخصية أو عينية أو معنوية.

أما الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهي القسم الرئيسي الثاني من أقسام القانون الخاص، فقد ذهب رأي في فقه القانون إلى إبعادها عن دائرة العقود بمعناها الاصطلاحي المذكور. ويشيرون بذلك على وجه الخصوص إلى حالتي الزواج والتبني، فالقانون كتشريع هو المرجع في تنظيم الاتفاقات الناشئة عن الروابط العائلية، وبضمنها نظام الزواج، هي ليست بحقوق مالية، خلافا لما هو المفروض في الحقوق الناشئة عن العقود.

لكننا لا نتفق مع هذا الاتجاه في نظرته الضيقة، من حيث إن الافتراض

المذكور لا يعدو أن يكون من باب المصادرة على المطلوب، مضافا إلى أن ترك تنظيم الآثار الناشئة عن الروابط العائلية إلى القانون نفسه لا يحول في الأصل دون اعتبارها عقدا بمفهومه الصحيح.

ومن ذلك يتضح لنا أن القواعد المتصلة بنظرية العقد يمكن أن تسري إلى سائر الاتفاقات الواقعة في نطاق القانون الخاص، سواء ما كان منها متعلقا بالأحوال المالية أو ما كان منها متعلقا بالأحوال الأسرية، وهذا ما تكاد تجمع عليه كلمة فقهاء القانون.

بل لعله يصح لنا القول بأن هذه القواعد المتعلقة بنظرية العقد يمكن أن تسري حتى إلى تلك الاتفاقات الداخلة في دائرة القانون العام وخاصة فروعه الدستورية والإدارية والدولية، طالما كانت هذه الاتفاقات صادرة عن إرادتين متطابقتين ومتجهتين إلى إحداث أثر قانوني مشروع وذلك بغض النظر عن طبيعة العلاقة موضوع الاتفاق أو العقد أو ماهية الشخص الذي دخل طرفا في ذلك التعاقد.

أما ما قيل من محاولة التفرقة بين القانونين العام والخاص بهذا الصدد بسبب ما يطرأ بعض الأحيان على الاتفاقات الواقعة في دائرة القانون العام من تغيرات، فقد أجيب عنه بأن هذا التغير ربما يطرأ أيضا في نطاق القانون الخاص حيث قد تفرض طبيعة العلاقة قواعد قانونية خاصة متميزة عن القواعد العامة في نظرية العقد.

ومن كل هذا نستطيع أن نخلص إلى القول بأن دائرة العقد يمكن أن تتسع

لاحتواء كل ما يقوم من اتفاقات مشروعة في نطاق الفروع المذكورة لكل من القانون العام والقانون الخاص على حد سواء، إذ لا مجال للتفرقة بين قسم وآخر بهذا الشأن ما دامت شروط وعناصر العقد الأساسية متوافرة في ذلك، وطالما أن المخالف من أطراف العقد يقع تحت طائلة القانون والمساءلة.

كل ذلك إذا لم يكن ملحوظا في العقد أو الاتفاق الصفة المالية للاداء، أما إذا لوحظت هذه الصفة، فالعقد بلا شك سوف يكون مقصوراً في مفهومه على دائرة القانون الخاص وفي نطاق الحقوق المالية منه بالذات، وبهذا يتضح موضوع النزاع وتتحدد آفاق البحث ومنطلقاته.

الفصل الثالث
تقسيمات العقود

المبحث الأول
تقسيمات العقود في القوانين الوضعية

حرصت بعض القوانين الوضعية كالقانون المدني الفرنسي والقوانين المستمدة منه كما حرص تبعا لذلك بعض شراح القانون على توزيع العقود

إلى طوائف، وذلك حسب طبيعة اللحاظ أو النظرة الموجهة إليها.

فإذا لوحظت هذه العقود من حيث تكوينها أو انعقادها فهي إما عقود عينية أو شكلية أو رضائية، وهذه إلى عقود مساومة وعقود إذعان.

وإذا لوحظت من حيث وجود المقابل أو عدم وجوده في الالتزام العقدي فهي إما عقود معاوضة أو عقود تبرع.

أما إذا لوحظت من حيث طبيعتها فهي إما عقود احتمالية أو عقود محددة، وهكذا يمكن أيضا تصنيفها إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين إذا نظر إليها من حيث ما ينتجه العقد من آثار قانونية، وإلى عقود مسماة وغير مسماة إذا نظر إليها من حيث وجود أو عدم وجود تنظيم قانوني يحددها.

كما يمكن تقسيمها كذلك إلى طوائف مختلفة أخرى بحسب ما يلاحظ فيها من حيثيات ولكننا سنقتصر في هذا المبحث على التقسيمات الخمسة المذكورة وحسبما يلي:

أولا: تقسيم العقود من حيث انعقادها

أ ـ العقود الرضائية والشكلية والعينية:

١ـ العقد الرضائي:

هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، أو توافر عنصر الرضاء مع اشتراط وروده على محل مشروع ويمكن أن تعتبر معظم

العقود السارية عقودا رضائية كعقد البيع وعقد الإجارة، وعقود الرهن والضمان والوكالة والشركة، ونحوها.

٢ـ العقد الشكلي:

أما العقد الشكلي فهو ما لا يكفي لانعقاده وتماميته مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، وإنما لابد من إفراغه في شكلية معينةكتلك التي تفرضها بعض القوانين بالنسبة إلى العقود الواردة على عقار كعقد البيع الوارد على منزل أو أرض حيث يلزم تسجيله فيما يسمى بدائرة السجل العقاري لغرض شهر هذا النوع من التصرفات، وكالشكلية الملحوظة في بعض عقود الشركات التي حددها القانون أو النظام كنظام الشركات السعودي الذي اعتبر في المادة الثانية منه أن كل شركة لا تتخذ أحد الأشكال المذكورة في هذه المادة باطلة ولا أثر لها.

ويبدو أن الغرض من اشتراط هذا النحو من الشكلية هو التنبيه على ضرورة التثبت وأخذ الحيطة لدى إقدام الاشخاص على إبرام هذا النوع من العقود.

٣ـ العقد العيني:

وهو العقد الذي لا يكفي أيضا لتماميته وانعقاده مجرد ارتباط الشيء الذي هو ارتباط الإيجاب والقبول أو توافر عنصر التراضي، وإنما لا بد من

اقتران ذلك بعملية قبض الشئ الذي هو محل ، التعاقد وهي عملية عينية محسوسة تدعو إلى نقل الحيازة في هذا المحل إلى الطرف الآخر لمباشرة سلطته الفعلية عليه.

والظاهر أن التطبيق العملي لهذا النوع من العقود انحصر في رأي القانون المدني المصري والقوانين المنبثقة عنه بـ (عقد الهبة بالمنقول) وحده، خلافا لنظيره القانون المدني المصري القديم وقانون الموجبات والعقود اللبناني وأصله الفرنسي التي ضربت لهذا النوع من العقود أمثلة متعددة أخرى كالقرض والوديعة والعارية ورهن الحيازة، حيث اشترطت فيها كذلك لزوم القبض والتسليم عند إنشائها تعبيرا عن أهميتها وإدراكا لما يمكن أن ينشأ عنها من خصومات إذا لم يتم التسليم.

ب ـ عقود المساومة والإذعان:

أما المراد بكل من عقد المساومة وعقد الإذعان باعتبارهما منبثقين عن العقد الرضائي المار ذكره فيتلخص في أن الرابطة العقدية إذا تساوى أطرافها في حق تغيير بنود العقد وشرائطه طبقا لمصالحهما الخاصة وبحيث لا يكون أحد الأطراف في مركز أقوى من مركز الطرف الآخر فالعقد في هذه الحالة يسمى بـ: عقد المساومة.

أما إذا اختص أحد الأطراف بإملاء ما تقضي به مصالحه الخاصة من شروط مع حرمان الطرف الآخر من ذلك خلا حق الرفض أو القبول الكلي

للعقد وبنوده، فيسمى العقد في هذه الصورة بـ «عقد الإذعان » تعبيرا عن حالة الرضوخ والإذعان المفترضة في خصوص الطرف القابل، لذلك صرحت بعض التقنينات الوضعية بأن «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ».

هذا وبالنظر لوجود هذا النحو من الرضوخ والإذعان في هذه العقود وما يترتب عليها من إهمال لمبدأ سلطان الإرادة فقد ذهب البعض من فقهاء القانون إلى الطعن في مشروعيتها وعدم صحة وصفها بأنها عقد من العقود.

ولكن الرأي السائد يميل الآن إلى القول بمشروعيتها وصحة توصيفها بالعقد مادامت تنشأ عن إرادتين متطابقتين وتخضع لما تخضع له غيرها من قواعد وأحكام.

ثانيا: تقسيم العقود من حيث وجود المقابل:

١ـ عقد التبرع: هو العقد الذي يقع على محل دون أن يكون له مقابل أو عوض على أن تتوافر فيه نية التبرع، بمعنى أن أحد المتعاقدين يخرج نفسه عن ملكية بعض أمواله ليمكن غيره من السيطرة عليها أو الانتفاع بها دون أن يحصل من وراء ذلك على مقابل، كما هو الحال في عقد الهبة، وعقد العارية، والقرض الحسن، والوكالة غير المأجورة، وفيمن يؤدي عملا للغير

بصورة مجانية.

ومن شأن هذه العقود ونحوها أن يحصل فيها افتقار في طرف واغتناء في طرف آخر، ولكن الاغتناء لا يشترط أن يكون متمثلا في شيء عيني أو مادي محسوس، وإنما يمكن أن يكون متمثلا بمنفعة من المنافع، كما لاحظنا في عقد العارية التي هي مجرد انتفاع بالعين المعارة دون أن تضيف إلى ذمة المستعير شيئا ملموسا.

٢ـ عقد المعاوضة: أما هذا العقد فهو الذي يحصل فيه كل من طرفي العقد مقابلا لما أعطى أو عوضا عنه، ولهذا سمي بعقد المعاوضة، وتطبيقاته في الحياة العملية واسعة من أظهرها عقود البيع والإجارة والمقاولة، وعقد العمل والمزارعة ونظائرها.

ثمرة هذا التصنيف: وتبدو أهمية التفرقة بين هذين النوعين المتقابلين من العقود في مجالات مختلفة لعل من أظهرها ما يتصل بحكم (الضمان) فبالنسبة إلى الواهب ترى بعض النصوص القانونية إلى أنه لا يترتب عليه أي ضمان في استحقاق الشيء الموهوب ما لم يتقصد في إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، أما بالنسبة إلى عقود المعاوضة فالأصل أن الضمان يترتب عليها طالما كانت أسبابه متوافرة.

وكذلك يمكن أن تظهر الثمرة في هذا التصنيف بالنسبة إلى أهلية المتعاقدين حيث يلزم أن تكون هذه الأهلية كاملة في عقد التبرع، دون عقد

المعارضة الذي يمكن أن ينشأ عن أهلية ناقصة.

ثالثا: تقسيم العقود من حيث طبيعتها:

١ـ العقد المحدد: هو الذي يستبان فيه منذ البداية قيمة الآداء، بحيث يكون باستطاعة أي من الطرفين المتعاقدين أن يحدد مركزه من الربح والخسارة عند نشوء الرابطة.

٢ـ العقد الاحتمالي: أما العقد الاحتمالي فهو الذي لا تتضح فيه بشكل محدد قيمة الآداء، ولا مركز المتعاقدين من الربح والخسارة وقت نشوء العقد، لتوقفه على أمر مستقبل غير محقق الوقوع من شأنه أن يزيد أو ينقص في مدى الالتزام. كعقد التأمين على الحياة، وعقد البيع الذي يكون الثمن فيه ايرادا يؤديه المشتري للبائع مدى حياته.

وبما أن هذا العقد ـ كما يبدو واضحا من تعريفه ـ يقوم في الأصل على الجهالة وعدم التحديد فقد سمي في اصطلاح الفقهاء المسلمين بـ (عقد الغرر) لما ينطوي عليه من حيف أو غرر يمكن أن يصيب أحد المتعاقدين، لذلك حكم هؤلاء الفقهاء ببطلانه واخراجه عن نطاق العقود الصحيحة.

هذا ولوحظ أن بعض القوانين الوضعية التي عرضت لموضوع تقسيمات العقود قد اعتبرت ذلك النوع من التقسيم الثنائي للعقد إلى محدد

واحتمالي: فرعا من عقد المعاوضة المار ذكره، وذلك على اعتبار أن تحديد قيمة الآداء أو عدم تحديدها أمر يتصل - فيما يبدو - بعنصر التعويض والمبادلة.

لكننا لا نتفق مع هذا الاتجاه.. ذلك أن العقد المحدد مثلما يمكن أن يحصل بمعاوضة يمكن أن يحصل أيضا بدونها، كما أن التوقع أو الاحتمال مثلما يمكن أن يقع في عقود المعاوضات يمكن أن يقع في دائرة التبرعات أيضا.

رابعا: تقسيم العقود من حيث الآثار التي تنتجها:

١- العقد الملزم لجانبين: هو العقد الذي يرتب التزامات وحقوقا متقابلة في ذمة الطرفين المتعاقدين طبقا للاتفاق المبرم بينهما، فالبايع في عقد البيع مثلا يلتزم بتمكين المشتري من العين المباعة ونقلها إلى ملكيته، في حين يلتزم المشتري بالمقابل بدفع الثمن إلى البائع، وهكذا تنشأ بينهما حقوق متبادلة، كما يمكن أن يتضح هذا الحكم في كل من عقود الإجارة والمضاربة ونحوها من العقود المتبادلة في الالتزامات والحقوق.

٢- العقد الملزم لجانب واحد: وهو العقد الذي يرتب التزاما على أحد أطراف العقد ممن ربط نفسه بالتزام معين يؤديه إلى الطرف الآخر دون

مقابل، كعقد الهبة وعقد العارية ونحوهما من العقود التي يتعلق فيها الالتزام بجانب واحد، فالواهب مثلا في عقد الهبة يلتزم بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الطرف الآخر، في حين لا يلتزم هذا الأخير بشيء تجاه الواهب.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن هناك نتائج مهمة من الناحيتين الشكلية والموضوعية يمكن أن تترتب على هذا التمييز بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، ويمكن الوقوف عليها ـ لمن أراد التوسع ـ في المطولات.

خامسا - تقسيم العقود من حيث وجود أو عدم وجود تنظيم يحددها:

أ ـ العقد المسمى:

يطلق هذا العقد ويراد به في الاصطلاح: «كل عقد خصه القانون بعنوان معين وجرى تنظيم أحكامه بنصوص مستقلة».

وعليه لا تعتبر بموجب هذا التعريف الذي اخترناه بعض العقود عقودا مسماة وإن اتخذت عنوانا واسما معينا، طالما أن القانون لم يخصها بتنظيم أو نصوص ذاتية مستقلة، فعقود التوريد والنشر والإعلان لا تعتبر من ضمن العقود المسماة وان ميزتها عناوين خاصة، ذلك لأنها لم تخص بتنظيم قانوني معين.

على أن القانون لا يضع تنظيمات أو نصوصا معينة للروابط العقدية إلا إذا تميزت بأهمية خاصة أو كانت لها تطبيقات واسعة في الحياة العملية. ومن ذلك بعض العقود التي جاءت مقسمة إلى طوائف في بعض القوانين الوضعية كما يلي:

أ ـ عقود تقع على الملكية وتتمثل بكل من عقد البيع وعقد المقايضة، وعقود الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح.

ب ـ عقود ترد على المنفعة ولقد حصرت في عقدي الإجارة والعارية.

جـ ـ عقود ترد على العمل، وتتمثل في كل من عقد المقاولة وعقد العمل وعقد التزام المرافق العامة وعقود الوكالة والوديعة والحراسة.

د ـ عقود الغرر أو العقود الاحتمالية، وتتمثل في كل من عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين.

هـ ـ وعقود التوثيقات الشخصية، وتشمل كلا من الكفالة والحوالة.. هذا بالإضافة إلى عقدي التوثيقات العينية ، هما الرهن التأميني والرهن الحيازي اللذين نظما في القسم الخاص بالتأمينات العينية التبعية من القانون المدني.

٢ ـ العقد غير المسمى:

وهو العقد الذي لم يخصه القانون بتنظيم معين، تاركا ـ أي القانون ـ معالجته إلى قواعد النظرية العامة للالتزام والعقود، مضافا إلى الاتفاق

الخاص الذي قد يحصل بين أطرافه.

ومن ذلك أن يتفق تاجر مع مؤسسة اقتصادية على تقديم بيانات منتظمة له عن حالة السوق التجارية أو المالية مثلا، أو أن يتعهد استاذ بالقاء دروس خصوصية على طلابه مقابل أجر يقوم بدفعه هؤلاء الطلاب وفق شروط معينة.

كما يمكن أن يعتبر من تطبيقات ذلك أيضا كل من عقد التوريد وعقدي النشر والإعلان التي أشرنا إليها آنفا ونظائرها من العقود التي عرفت بأسماء معينة ولكن القانون لم يتخذ لها تنظيما ذاتيا محددا. ونرى أن التطورات الحديثة في مجال النشر والإعلان وعملية التوريد تقضي بإيجاد تنظيمات وأحكام خاصة بها كما قضت بالنسبة إلى غيرها.

ثم إن الثابت أن هذا النحو من العقود غير المسماة يلزم أن تخضع في الأصل إلى القواعد العامة في نظرية العقد ونظرية الالتزام وأن عبء تطبيقها على هذه القواعد إنما يقع على عاتق الفقه والقضاء، على أن تراعى في ذلك بطبيعة الحال الأغراض المشروعة التي يسعى إليها أطراف التعاقد.

المبحث الثاني
تصنيف العقود في فقه الشريعة الإسلامية

إذا كانت بعض القوانين الوضعية يتبعها بعض شراحها قد حرصت ـ كما

لاحظنا من قبل - على تقسيم العقود إلى أقسام وفق حيثيات أو لحاظات خاصة وطبقا لترتيب معين فإن الفقه الإسلامي وخاصة عبر مصادره الأولى، لم يشأ أن يسلك هذا النحو من التوزيع أو الترتيب بين العقود وإنما وزع بحثه فيها دون النظر إلى منهجية أو ترتيب خاص.

ولكننا مع ذلك لاحظنا أن بعض الفقهاء لم يفته أن يصنف بحثه في العقود أو الفقه عموما على أساس معين، كصاحب (بداية المجتهد) الذي عمد إلى تقسيم العقود مبدئيا إلى قسمين رئيسين: قسم يكون بمعاوضة، وآخر بغير معاوضة، والذي يكون بمعاوضة ينقسم بدوره إلى ثلاثة أقسام، وهكذا إلى غيرها من التقسيمات الفرعية التي أتى الفقيه المذكور على تفصيلاتها.

كما رتب فقيه آخر - وهو صاحب شرائع الإسلام - الفقه بعمومه وفق حيثيات أخرى، حيث صنف الفقه إلى أربعة أقسام خصص الأول منها للعبادات والقسم الثاني للعقود، بينما خصص الثالث للإيقاعات والقسم الأخير لما أسماه بالأحكام.

والظاهر أن المقابلة التي جاءت هنا بين العقود والإيقاعات تجري بنفس الاعتبار الذي جرت به الدراسات القانونية الحديثة في مقابلتها بين العقود والإرادة المنفردة، وإن اختلفت عنها ببعض التطبيقات.

كما أن الظاهر أن المقصود (بالأحكام) في ذلك التقسيم الفقهي يقارب المقصود (بالقانون) كمصدر مستقل من مصادر الالتزام.

وقد جعل الفقيه المذكور الفرائض والمواريث ومسائل الحدود والقصاص والقواعد المتعلقة بتنظيم القضاء وآدابه داخلة تحت نطاق القسم المذكور الموصوف بالأحكام.

خطة البحث

بعد أن انتهينا من التعريف بالحقوق والالتزامات وبالعقد وتقسيماته لابد أن نعد أنفسنا للدخول في صميم موضوع هذه الدراسة الخاصة بالعقد كمصدر من مصادر الالتزام والتي شكلت في عرف الشراح نظرية مستقلة لها أثرها ووزنها بين النظريات الأساسية في القانون.

وقد وزعنا البحث في هذا الموضوع إلى عدة أبواب حيث تناولنا في الباب الأول ـ كماسبق ـ ماهية العقد وتقسيماته، كما سنتناول بالبحث في الباب الثاني مكونات العقد أو عناصره الأساسية، وفي الباب الثالث سوف نعرض لبطلان العقد من حيث كونه جزاء يترتب على الإخلال بعنصر من عناصر العقد الأساسية ـ فلنشرع بالحديث أولا عن مكونات العقد:

الباب الثاني

مكونات العقد
أو عناصره الأساسية

تحليل الخطة في هذا الباب

العقد كمصدر من مصادر الالتزام له ـ كما قيل ـ أركان وله شروط، وبما أننا نرى أنه لا وجود للاختلاف بين هذه الأركان وهذه الشروط من حيث النتائج المترتبة على الاخلال بأي منهما، فضلنا أن نوحد الموضوعين في عنوان واحد، فالعقد مثلما يفتقر في تكوينه وتقويمه إلى التراضي والمحل والسبب باعتبارها من الآركان، فإنه يفتقر كذلك وبنفس المدى إلى الأهلية وإلى سلامة الرضا من عيوب الإرادة باعتبارها من الشروط أو العناصر الأساسية للعقد.

إذ لا فرق فيما أجد بين هذه الأركان وهذه الشروط في تأثيرها على العقد من حيث الانعقاد، أو في النتائج المترتبة على الاخلال بأي عنصر من عناصرها من حيث بطلان العقد أو انحلاله.

وأما التفرقة التي قيلت في هذا الصدد أو المسلك الذي انتهج على أساسها، فهي تفرقة لا أثر لها وإن قالها أو تبناها بعض الأعلام، وهو ايضا مسلك لا مردود له وإن اعتمده أو اعتاده بعض الباحثين من فقهاء الشريعة والقانون.

وعليه أرى أن المنطق السليم يقضي بأن ندرج تلك العناصر ـ وأقصد بها عناصر الأركان والشروط ـ تحت عنوان أو باب واحد ذلك الذي أسميناه بالمكونات أو العناصر الأساسية للعقد، والذي وزعناه بدورنا إلى فصول

أربعة على النحو التالي:

الفصل الأول : تراضي المتعاقدين

الفصل الثاني: أهلية المتعاقدين

الفصل الثالث: المحل أو وعاء التعاقد

الفصل الرابع: السبب

هذا بالإضافة إلى موضوع سلامة الرضا من عيوب الإرادة الذي جعلناه تابعا إلى الفصل الأول - وهو تراضي المتعاقدين - باعتباره من متعلقاته الأساسية.

الفصل الأول
تراضي المتعاقدين

تمهيد

والمقصود بالتراضي في الاصطلاح ـ كما أشارت إلى ذلك بعض النصوص ـ هو ارتباط ارادة بأخرى وتلاقيهما من أجل إحداث أثر قانوني معين.

غير أن وجود هاتين الإرادتين وتلاقيهما من أجل إحداث هذا الأثر، هو في البداية أمر كامن داخل النفس ولغرض جعله مؤثرا فلا بد من إبرازه وإعطائه مظهرا خارجيا وهو ما يسمى بـ «الصيغة» أو«التعبير عن الإرادة».

وعليه فإن بحثنا في هذا الفصل المتعلق بالتراضي سوف يجري في إطار مبحثين أساسيين هما:

أولا ـ التعبير عن الإرادة بما له من أحكام وصور، وبما له من أثر على تكوين العقد.

ثانيا ـ التوافق بين الإرادتين أو اقتران الإيجاب والقبول، وما يتصل به من موضوعات.

كما سنعرض في (مبحث ثالث) لموضوع سلامة الرضا من العيوب باعتباره أحد متعلقات موضوع التراضي، ثم نلي هذه وفي مبحث أخير .... لينص صور التراضي في العقود.

المبحث الأول

التعبير عن الإرادة

الفرع الأول

صور التعبير عن الإرادة

قلنا فيما سبق أن الرضا أو الإرادة الكامنة في النفس لابد من الكشف عنها وإبرازها بصيغة أو صورة معينة دالة على المقصود حتى يكون لها تأثيرها القانوني.

التعبير الصريح: غير أن هذه الصيغة أو الصورة المعبرة لا يشترط فيها أن تكون بصورة (عبارة لفظية) وإنما يمكن أن تكون بأية صورة أو وسيلة أخرى دالة على المقصود ومعبرة تعبيرا كافيا عن الإرادة المكنونة، مثل الكتابة أو الإشارة، أو اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المقصود، أو حتى مجرد المبادلة الفعلية الدالة على التراضي والمعبر عنها بالمعاطاة في فقه الشريعة.

ثم إن تلك الصورة اللفظية ومثلها الكتبية لا يلزم فيها من ناحية الأصل اتخاذ صياغة معينة من صيغ التعبير وأساليب الكلام، ولا لغة خاصة من اللغات السائدة بل يجوز ايضا ان تقع بشكل غير مباشر وعن طريق الهاتف أو الرسول الناقل مثلا وأن تكون بصورة رسمية أو عرفية.

وهكذا الشأن بالنسبة إلى الإشارة أو (الموقف المتخذ في ظروف خاصة)

باعتبارهما صورتين من صور التعبير عن الإرادة فإنه أيضا ليس هناك ما يحتم من خلال وجهة النظر القانونية أن تكون هذه الإشارة بطريقة خاصة فسواء كانت في صورة حركة الرأس إلى الأعلى للدلالة على الرفض، أو كانت في صورة حركة الرأس إلى الأسفل للدلالة على القبول، أو برفع اليد أو تحريكها، ونظائرها من صور الإشارة المعتادة.

ومثل ذلك لا يلزم أن يكون الموقف المذكور بصورة أو وسيلة معينة، فسواء كان هذا بصورة عرض بضاعة في واجهة محل مكتوب عليها السعر للدلالة على الإيجاب أو بصورة اتخاذ مواقف للسيارات مثلا كدليل على وجود الاستعداد للتأجير.

فإن ذلك كله ونحوه من الصور التعبيرية الصريحة جائز ومقبول طالما كانت الصورة أو الوسيلة واضحة الدلالة على المقصود وطالما كانت هذه الصورة متطابقة أو متجانسة مع إرادة الطرف الآخر.

التعبير الضمني: بل أكثر من هذا فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يؤدي وظيفته وأثره حتى وان جاء بصورة ضمنية وغير مباشرة، كما لو استأجر شخص مقعدا في (حافلةركاب) لمسافة معينة، ثم استمر في الركوب بها لمسافة أخرى، فإن هذا الاستمرار بالركوب مع وجود قرائن تدل على رغبة الراكب يعتبر بمثابة إيجاب ورضا منه. وإن عدم معارضة صاحب الحافلة يعتبر بمثابة رضا وقبول ضمني بعملية هذا الايجار المجدد.

القاعدة العامة: وعلى أية حال فالقاعدة العامة في هذا المجال تقضي بأن

أية صورة من صور التعبير الصريحة أو الضمنية المذكورة تكون مجزية في التعبير عن الإرادة ومنتجة لآثارها ما لم يرد في صلب القانون أو الاتفاق المبرم بين أطراف التعاقد نص بخلاف ذلك، كما هو الحال بالنسبة إلى النص الوارد في بعض التقنيات العربية والقاضي بجعل الكتابة الوسيلة الوحيدة في اثبات التصرفات المدنية التي لا تقل قيمتها عن مبلغ معين.

صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة

السكوت بمعناه المعروف هو حالة سلبية محضة، مقابلة للحالة الإيجابية المتجسدة في التعبير، وذلك بمثابة تقابل الوجود والعدم في عرف المناطقة.

وفي ضوء هذا البيان يصبح السكوت غير صالح للدلالة على التعبير بنحو مطلق سواء من ناحية دلالته على الإيجاب أم من ناحية دلالته على القبول في التعاقد.

كما يصبح بالتالي غير قابل لوضعه في معرض البحث عن مسألة التعبير عن الإرادة باعتباره حالة سلبية محضة.

وتشير إلى حقيقة السكوت هذه القاعدة الفقهية المعروفة التي احتوتها المادة (٦٧) من مجلة الأحكام العدلية وهي «لا ينسب إلى ساكت قول» والتي نصت عليها بعض القوانين العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية.

بيد أنه قيل على سبيل الاستثناء من الحكم المذكور أن السكوت إذا اقترن بظرف من ظروف الحال الملابسة فإنه يمكن استنتاج دلالة التعبير منه

عن الإرادة، مع التسليم بأن هذه الدلالة لا تنشأ إلا في حالة القبول على التعاقد. أما الإيجاب فلا يتصور استنتاجه من ذلك لأننا لا يمكن أن نستظهر من سكوت شخص، أنه يعرض على شخص آخر التعاقد معه بشأن موضوع معين.

ويأتي هذا الحكم بالاستثناء منسجما تماما مع القاعدة الفقهية الأخرى التي احتواها ذيل المادة (٦٧) من المجلة المذكورة حيث قالت: «ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان».

وهذا البيان اعتبرته بعض التقنينات العربية قبولا تطبيقا للحكم المذكور المستفاد من السكوت كتعبير عن خصوص جانب القبول حيث صرح بعضها: «.. ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا».

وقد ضربت هذه القوانين أمثلة لبعض حالات السكوت التي يمكن استظهار الرضا (بالقبول) منها وهي حالات جاءت في تقديرنا على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، بدليل صدور بعض الأحكام القضائية التي استخلصت دلالة القبول من حالات مماثلة للحالات المذكورة في النصوص القانونية.

الصلة بين السكوت والتعبير الضمني:

ويظل علينا بعدئذ أن نتساءل عن طبيعة ذلك السكوت المقترن بظرف من الظروف الملابسة الدالة على القبول، وهل يمكن اعتباره بالفعل تعبيرا، أو

ضربا من ضروب التعبير عن الإرادة؟

نفى البعض أن يكون لهذا السكوت (الموصوف) والدال على خصوص القبول أية دلالة حسية على التعبير، حتى لو كان هذا التعبير تعبيرا ضمنيا، ذلك أن السكوت هو في واقعه عدم وأمر تجريدي محض، أما التعبير فهو أمر وجودي ينطوي على نوع من التجسيد والتحديد.

بيد أننا نرى خلافا للرأي المذكور وبالرغم من شهرته ان هذه الحالة من السكوت المقترن بظرف من الظروف الملابسة يمكن أن تعتبر بالفعل تعبيرا ضمنيا، فما دمنا نؤمن أن السكوت يمكن أن يحمل بين طياته دلالة أو امارة على التعبير، فهذه الدلالة لا تخرج عن كونها دلالة ضمنية على التعبير.

ويؤيدنا في هذا الاتجاه فريق من الباحثين حيث صرح بعضهم بشكل واضح أن السكوت الملابس ليس إلا صورة من صور التعبير الضمني عن الإرادة، وقبل أن يكون سكوتا كليا أو مطلقا.

ومن هنا نرى حتى بالنسبة الى أولئك الذين اختلط عليهم الموضوع وفرقوا بين طبيعة السكوت الملابس وطبيعة التعبير الضمني أنهم ضربوا مثالا واحدا للصورتين، ذلك هو مثال سكوت المؤجر على المستأجر في بقائه حائزا للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة.

على أننا حين نقرن السكوت بالتعبير الضمني ونجانس بينهما لا نقصد من وراء ذلك ان نعطي لهما وصفا تجسيديا أو نضفي عليهما مظهرا من مظاهر التعبير الخارجية، وإنما نقصد من ذلك تقريب الصلة بينهما والقول

بأنهما يعبران عن فكرة الإمارة والدلالة على التعبير لا التعبير نفسه.

وهذه الدلالة على التعبير تارة تكون بصورة وضع ايجابي، وهذا ما يسمونه بالتعبير الضمني بمعناه الخاص، وآخرى قد تكون بوضع سلبي، وهذا ما يطلق عليه بالسكوت الملابس. ،

وعليه فالتعبير الضمني مثلما يمكن أن يكون له وضع إيجابي، مثلما يمكن ان يكون له وضع سلبي، خلافا لكثيرين ممن اختلط عليهم الأمر، وكانوا مقلدين لغيرهم.

الفرع الثاني
أثر الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد
أو الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

الأصل أن التعبير أو المظهر الخارجي للعلاقة القانونية يلزم أن يكون مطابقا للإرادة الداخلية، ذلك أن المظهر الخارجي ما هو إلا تجسيد للإرادة الداخلية وصورة منعكسة عنها ولهذا اقتضى الأمر حصول ذلك النحو من التطابق.

ولا تنشأ بالطبع عن هذا الوضع أية صعوبة أو خلاف جوهري بشأن تكوين العقد منهما.

إنما الخلاف أو الصعوبة يمكن أن تنشأ في حالة اختلاف التعبير عن

الإرادة وعدم دلالتها على العلاقة القانونية المطروحة.

هناك اتجاهان رئيسان في هذا المجال (أحدهما) ينزع إلى الأخذ بالإرادة الباطنة، وآخر ينزع إلى تبني نظرية الإرادة الظاهرة، فيما ظهرت من خلالهما اتجاهات أخرى تميل إلى التوفيق بين النظريتين.

أ ـ نظرية الإرادة الباطنة

ذهب فريق من فقهاء القانون وفي طليعتهم فقهاء المدرسة الفرنسية متأثرين ببعض القواعد القانونية السائدة: إلى الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة وايثارها على نظيرتها نظرية الإرادة الظاهرة، على اعتبار أن أساس القوة الملزمة للعقد إنما «يتمثل فيما للإرادة من سلطان ذاتي حيث لا مناص من الاعتداد بالإرادة الحقيقية الكامنة في نفس كل من المتعاقدين والراسخة في اذهانهم فالسلطان الذاتي للإرادة، والواجب الخلقي بالوفاء بالعهد لا يكون له محل إلا في نطاق ما انصرفت إليه الإرادة حقيقة لا ظاهرا، أما التعبير المادي فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس».

وبذلك نرى أن في هذا التصوير للنظرية ما يعطيها نزوعا إلى الموضوعية خلافا للنظرية الثانية المعروفة بنزعتها المادية، باعتبارها تنفذ إلى كوامن النفس الإنسانية.

ب ـ نظرية الإرادة الظاهرة

وعلى العكس من ذلك ذهب فريق آخر من فقهاء القانون وفي طليعتهم فقهاء المدرسة الألمانية إلى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، على اعتبار أن هذه

الإرادة هي الأمر البارز الملحوظ أمامنا، والذي يجدر الاعتداد به والوقوف عنده، وهذا هو جوهر العقد إذ ليس من شأننا أو وظيفتنا أن نغوص في الأعماق وراء الإرادة الباطنة لاستلهام ما تنطوي عليه من أفكار.

وعليه فإن القانون على حد قول بعضهم: «لا يمكن أن يتناول الإرادة ألا في مظهرها الخارجي، وهو التعبير، وكذلك لا يسع كل متعاقد أن يتعرف على إرادة من يتعاقد معه إلا من طريق التعبير فالإرادة التي يعول عليها القانون والتي يستطيع العاقد الآخر أن يعتمد عليها هي الإرادة الظاهرة من التعبير أو المتجسمة فيه». ومن ثم لا ينبغي أن نسمح للشخص الذي صدر عنه التعبير وصار ناجزا ونافذا، أن يدعي بأن تعبيره هذا يخالف قصده وارادته الباطنة، وإنما لابد من الاعتداد بما صدر عنه من تعبير أيا كان واقعه، تحقيقا للثقة وصونا للمعاملات والحياة العملية من التداعي.

جـ ـ التوفيق بين النظريتين:

وفي رأينا أن إيثار إحدى النظريتين على الأخرى والاعتماد عليها والاعتداد بها بوجه مطلق أمر لا يستقيم ولا ينسجم مع واقع الحال، حيث لا يمكن لقاض أو فقيه أو مشرع أن يجعل من رأيه أو حكمه أو فتياه سائدا على جميع حالات دعوى الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها وتبني حكم نظرية بعينها على وجه الدوام.

لذلك نجد أن أيا من القائلين بإحدى النظريتين لابد له من الجنوح في حالات معينة إلى النظرية الأخرى، فالتقنينات اللاتينية مثلا، وهي تأخذ

بنظرية الإرادة الباطنة كما سبق أن ذكرنا تقرر في ذات الوقت عدم جواز إثبات الكتابة إلا بالكتابة ومعنى ذلك أنه حيث يكون العقد ثابتا بالكتابة، أي حيث توجد إرادة ظاهرة مكتوبة، فلا يجوز العدول عنها إلى الإرادة الحقيقية أو الباطنة، وإنما يجوز العدول عن الكتابة إلى كتابة مثلها، كما تقرر أيضا انه إذا كانت عبارة العقد واضحة - وهي بالطبع ارادة ظاهرة - فلا يجور العدول عنها إلى البحث عن النية أو الإرادة الكامنة للمتعاقدين.

وعليه لابد من التوفيق بين النظريتين أو تغليب إحداهما على الأخرى وليس تبنيها بصورة مطلقة.

د - موقف القوانين العربية من النظريتين

ويبدو ذلك الاتجاه بتغليب إحدى النظريتين مع الأخذ بالأخرى واضحا في نصوص قسم من التقنينات العربية السائدة، ومن ذلك القانون المدني المصري الذي أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كقاعدة عامة حيث اعتمدها في تكوين العقد، كما اعتمدها في تفسيره، ولكن بناء على رغبته في إشاعة الاستقرار في باب التعامل مال إلى الأخذ إلى جانب القاعدة المذكورة بأحكام مختلفة استمدها من نظرية الإرادة الظاهرة. ومن ذلك ما جاء في المادة (٩٢) من القانون المذكور: «ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة». ومثله ما جاء في المادة (٩١) التي جعلت التعبير ينتج أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ولو ثبت أن من صدر منه التعبير قد عدل

عنه قبل وصوله.

بيد أن القانون المدني الأردني قد خالف فيما يبدو نظيره المصري في الرأي المذكور، حيث اعتد كقاعدة عامة بالإرادة الظاهرة وليس بالإرادة الباطنة، كما تفصح بذلك المذكرة الإيضاحية المتعلقة بالمادة (٩٠) من القانون المذكور، ولكنه في نفس الوقت لا يقف عند الإرادة كما تظهر في التعبير وحده فهذه شكلية غير مقبولة وإنما هو يعتد بجميع الظروف التي تلابس التعبير.

هـ - موقف الفقه الإسلامي من النظريتين

ليس من السهل بدءا تحديد موقف الفقه الإسلامي من مسألة أثر الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد وتحميل هذا الفقه اتجاها معينا من الاتجاهات المذكورة، وذلك لتشعب الآراء في هذا المجال وتنوعها وتوزعها بين جمع من الفقهاء وعدد من المدارس والمذاهب الفقهية، خاصة وأن المسألة يغلب عليها طابع الاجتهاد والرأي أكثر مما يغلب عليها حكم النص.

وعليه لا أجد صوابا ما ذهب إليه البعض من الباحثين من تحميل هذا الفقه الاتجاه الذي ينزع إلى نظرية الإرادة الظاهرة، كالذي صرحت به المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري المقنن سنة ١٩٤٨: من أن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة اعتمادا كليا، الأمر الذي دعا الاستاذ السنهوري الباحث القانوني المعروف وغيره من شراح القانون المدني إلى مجاراة الرأي المذكور دون تأكد والاحتجاج له بنص التعريف الذي أورده

صاحب مرشد الحيران للعقد كما مر بيانه.

كما لا اجد صوابا من جهة أخرى ما ذهب إليه البعض الآخر من تحميل هذا الفقه الاتجاه الذي ينزع إلى تغليب نظرية الإرادة الباطنة وليس الإرادة الظاهرة، مستدلا ببعض الأحكام الفقهية المنتزعة من عدد من المسائل أو الوقائع المستشهد بها في بعض كتب فقهاء الشافعية والأحناف.

نعم إنما الصواب أن يقال إن الفقه الإسلامي بعمومه لم يتجه إلى وضع ضابط أو قاعدة عامة في هذا المجال، فلكل مسألة ولكل موضوع حكمه ووضعه الخاص وهي في الغالب مسألة وقائع يرجع في حكمها إلى قاضي الموضوع، حيث يمكن الاعتداد بالإرادة الحقيقية في حالات، مثلما يمكن الاعتداد بالتعبير أو الإرادة الظاهرة في حالات أخرى.

فهناك في هذا الفقه ما يبعث على القول بترجيح العبارة على الإرادة وخاصة فيما يتصل بتعريف العقود ونحوه مما تبرز فيه قضية العناية اللفظية، أو فيما يتصل بالألفاظ المنشئة للزواج والطلاق والعتاق التي يستفاد منها على وجه الخصوص تغليب الإرادة الظاهرة أخذا بالحديث الشريف القائل: «ثلاثا جدهن جد وهزلهن جد» ويعني بها تلك الصور

الثلاثة المذكورة، أو فيما يتصل بما دلت عليه قرائن الأحوال والأعراف للأخذ بالإرادة الظاهرة بحكم ما لها من دلالات إضافية ملحوظة يعتمدها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير الصريح.

وهناك بالمقابل ما يمكن أن يبعث على القول بترجيح مذهب الإرادة الباطنة وذلك فيما يتصل بالأحكام العبادية على وجه الخصوص، وفيما يتصل بمسائل القضاء حسب رأي فقيه الحنابلة ابن القيم الجوزية، ولعل هذا الرأي يستند إلى القاعدة الفقهية المعروفة بهذا الصدد والقائلة بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولكنها قاعدة قاصرة على العقود كما يلاحظ.

المبحث الثاني

اقتران الإيجاب بالقبول أو توافق الإرادتين

تمهيد وخطة

بعد أن تهيأ لنا في المبحث الأول الخاص بالتعبير عن الإرادة أن نبحث في صور هذا التعبير وفي أثر الإرادة على تكوين العقد، أصبح لزاما علينا

أن نبحث ـ في خطوة تالية ـ كيفية التحام إرادة بأخرى أو ما يسمى باقتران الإيجاب والقبول الصادرين عن أطراف التعاقد.

وهذا يستوجب أن نعرض:

ـ للإيجاب (أولا) كطرف من أطراف هذا التعاقد، وفي كل ما يتصل بحكم نشوئه وسقوطه.

ـ وللقبول (ثانيا) كطرف آخر في التعاقد، وذلك في كل ما يتعلق بزمن اقتران هذا القبول بالإيجاب، وبالحالات الخاصة التي قد ينشأ فيها القبول.

كما يستوجب ذلك أن نعرض:

(ثالثا) لتطابق الإيجاب مع القبول

فهنا عدة موضوعات، نضعها في فروع ثلاثة على النحو التالي:

الفرع الأول

صدور الإيجاب

والإيجاب الذي نقصده : «هو تلك الصيغة المعبرة بشكل جازم عن إرادة شخص والموجهة إلى إرادة شخص آخر للحصول على رضائه وقبوله

بالارتباط في موضوع معين».

وفي ضوء هذا التعريف الذي وضعناه نستطيع أن نتبين أن الإيجاب هو ذلك الشق الذي يمثل إرادة أحد الاطراف في عملية التعاقد، أو بالأحرى إرادة الطرف الذي صدر عنه التعبير أولا على وجه الخصوص، ولهذا لم يفت بعض التقنينات الوضعية أن تنص ببساطة على هذه الحقيقة بقولها:

إن «أي لفظ صدر أولا فهو ايجاب والثاني قبول» سواء وقع هذا من المالك أو من المتملك، وذلك تأثرا فيما يبدو بوجهة نظر بعض الفقهاء المسلمين، خلافا لجمهور الفقهاء ممن يرون أن الإيجاب هو الممثل لإرادة المالك، والقبول هو الممثل لإرادة المتملك وإن آجازوا تقدم القبول على الإيجاب.

كما نستطيع أن نتبين من التعريف المذكور ومما مر علينا آنفا في المبحث الأول من هذا الباب: أن الإيجاب لا يشترط أن يتخذ صيغة تعبيرية معينة، فمثلما يمكن أن يقع الإيجاب ومثله القبول في صورة (صياغة لفظية) كما هو الأصل، مثلما يمكن أن يقع بصورة إشارة أو مبادلة أو بصورة دلالة ضمنية أو مكنية.

ولكن هذا الإيجاب باعتباره معبرا عن إرادة أحد الأطراف لا يكون مؤثرا

أو منشأ لأحد مراحل التعاقد إلا إذا صدر بنحو بات وجازم لا يقبل التردد وإلا فلا نكون بصدد إيجاب صحيح.

وعليه يلزمنا في هذا الصدد أن نبحث:

في مسألة (أولي) : المراحل التمهيدية للإيجاب.

وفي مسألة (ثانية): القوة التي تجعل من الإيجاب أمرا باتا وملزما.

كما سنبحث في مسألة (ثالثة) وأخيرة: كيفية سقوط هذا الإيجاب.

المسألة الأولى:

المراحل التمهيدية للإيجاب

يتطلب الإيجاب في غالب الأحيان قبل أن يصير أمرا باتا وجازما إجراء نوع من المفاوضات التمهيدية بين طرفي التعاقد لغرض الوقوف على طبيعة وشروط العرض الذي يتقدم به في العادة أحدهم.

وواضح أن هذا النوع من المفاوضات التمهيدية لا يحصل في الغالب إلا في نطاق المعاملات المالية العالية القيمة، أما تلك المعاملات السوقية الزهيدة والدارجة مثل ابتياع نسخة من جريدة أو مجلة، أو علبة من مشروبات غازية أو نحوها، فلا تستوجب في الأصل ذلك النوع من المفاوضات.

ويطلق في الإصطلاح القانوني على هذا الشكل من المفاوضات: اسم «الدعوة إلى الإيجاب أو التعاقد».

والثابت من الناحية القانونية أن هذه الدعوة إلى التعاقد، باعتبارها غير ملزمة، لا ترتب أثرا قانونيا وإن رتبت أثرا وضعيا كما لا يترتب بالتالي على قطعها أو العدول عنها أي إخلال وأية مسؤولية على الطرف الناكل، إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ يسبب الحاق ضرر بالطرف الآخر، فحينئذ تكون هناك مسؤولية ولكنها مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية.

ثم إن هذه الدعوة قد تنتهي إلى نوع من الاتفاق بين طرفي التعاقد على النقاط والبنود الأساسية التي ينتظمها العقد، ولكن احدهما ـ وهو الموجب ـ قد يرى من مصلحته الفعلية أن يحتفظ لنفسه بحق الرجوع عن هذا الاتفاق لوجود بعض التحفظات المتعلقة بذلك، فيسمى إيجابه في هذه الحالة بـ (الإيجاب المعلق).. باعتباره علق على أمور مستقبلية، كما لو عرض شخص على آخر بيع قطعة أرض بسعر محدد غير انه احتفظ لنفسه بحق تعديل هذا السعر وفقا لما قد ينشأ لديه من ظروف طارئة.

أما إذا تهيأ للموجب أن يجتاز كل تلك المراحل التمهيدية من عرض ودعوة إلى الإيجاب، وإيجاب معلق، فيمكن أن يصير إيجابه إيجابا باتا وجازما وقد تترتب على الإخلال به مسؤولية تقصيرية أخرى.. ولهذا سمي الإيجاب في هذه الحالة بـ (الإيجاب البات).. تمييزا له عن الإيجاب المعلق

والإيجاب المقترن بالدعوة إلى التعاقد.

المسألة الثانية
القوة الملزمة للإيجاب

ثم إن هذا الإيجاب البات قد يصير بدوره إيجابا ملزما ومنجزا إذا اقترن بميعاد يلتزم الموجب خلاله بالبقاء على إيجابه، وهذا هو مبعث (القوة) التي تجعل من الإيجاب إيجابا ملزما لا يسوغ العدول عنه، وإن لم يقترن بعد بالقبول، ولذلك أطلق اصطلاحا على هذه القوة بـ : (القوة الملزمة للإيجاب).

وقد فرق القانون الوضعي بهذا الصدد بين حالتين:

١ـ حالة ما إذا ربط الموجب نفسه بميعاد معين للقبول

٢ـ وحالة ما إذا ترك الموجب إيجابه سائبا دون ربطه بأجل معين.

ففي الحالة الأولى يكون الإيجاب قائما وملزما، في حين أنه في الحالة الثانية يصير أيضا قائما ولكنه لا يكون ملزما.

ويمكن استخلاص ذلك من فحوى ونص المادة ٩٣ من القانون المدني المصري وما يطابقها أو يوافقها من المواد الواردة في القوانين العربية الأخرى. تقول المادة المذكورة:

١ـ «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة».

وعليه يتضح من هذا النص ونظيره:

أولا: إن الإيجاب إذا صدر بشكله البات وحدد الموجب ميعادا زمنيا للقبول، فإنه ـ أي الموجب ـ يكون ملزما بالبقاء على إيجابه حتى انقضاء المدة، وأي تراجع منه صراحة أو ضمنا قبل انقضاء هذه المدة لا يؤثر على إلزامية الإيجاب هذه، ذلك أن أساس الالتزام مستمد في هذه الحالة من الإرادة المنفردة وهي التي اعتبرت مصدرا مستقلا ومؤثرا في بعض القوانين الوضعية بما فيها نص المادة (٦٠) من مشروع القانون المدني الفرنسي والإيطالي مضافا إلى رأي الشريعة الإسلامية القاضي بجواز انشاء الالتزام بإرادة منفردة.

هذا على أنه لا يشترط في الأجل المذكور الذي التزمه الموجب أن يكون اجلا أو ميعادا صريحا ومقدرا بفترة زمنية محددة، وإنما يجوز أن يكون هذا الأجل ضمنيا يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة أو من أية قرينة أو موقف معين ـ كما يتبين لنا من النصوص الآنفة ـ فالإيجاب الذي يقوم مثلا بعرض عمارة تحت الإنشاء للإيجار هو في الواقع ينطوي على أن

الموجب قد أتاح للمستأجر ولنفسه فرصة أو مدة مرهونة بوقت الانتهاء من إنشاء العمارة دون حاجة إلى الإفصاح عن ذلك.

وغني بعد هذا عن البيان أن الحالة المذكورة في النصوص الآنفة والمتعلقة بضرب أجل معين يغلب عليها أن تحصل في مجال التعاقد بين غائبين.

ثانيا: يبدو من المفهوم المخالف للنص المصري المذكور أن الإيجاب إذا لم يقترن بميعاد معين فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزما، الأمر الذي يتيح للموجب الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول، وهذا ما يمكن أن يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة.

ومعلوم أن هذه الحالة المستفادة من النص المذكور والمسماة بـ «الإيجاب القائم غير الملزم» لا تحصل في الأصل إلا بين متعاقدين حاضرين، ولهذا جاءت المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي ومثلها المادة (٩٦) من القانون المدني الأردني المقابلتين للمادة المذكورة من القانون المصري، ناظرتين إلى تلك الحالة باعتبارها واقعة في «مجلس العقد».

بيد أننا نرى أخذا برأي بعض اساتذتنا في هذا المجال: أن هذه المادة من القانون العراقي التي نصت على أن «المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس» غير دقيقة في صياغتها من حيث إن الخيار في هذه الحالة لا يعطى إلا للموجب، أما الطرف الآخر وهو القابل فلا معنى للقول بتمكينه من حق الخيار بالرجوع، طالما لم تصدر عنه بعد صيغة القبول، وواضح أن حق الخيار بالرجوع لا ينشأ إلا بعد نشوء الالتزام بإيجاب أو قبول معين.

وعليه فالأولى أن نطلق على هذه الحالة وأمثالها من التي احتواها النص العراقي والنص الأردني المذكوران بـ (خيار الإيجاب) وليس بـ (خيار المجلس) كما أريد لها ان تسمى باعتبارها مستقاة في الأصل من الحديث الشريف «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار»، ومعلوم أن الخيار الذي يقرره هذا الحديث هو خيار المجلس وليس خيلر الإيجاب.

المسألة الثالثة

سقوط الايجاب

يسقط بصفة عامة كل من الإيجاب والقبول باعتبارهما معبرين عن الإرادة في حالات ثلاث نوجزها فيما يلى :

١- العدول عن الإيجاب أو القبول قبل أن يعطي أثره، ومعلوم كما في الرأي الغالب أن أياً منهما لا يعطي أثره إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه، وهذا بالطبع لا يحصل إلا في حالة التعاقد بين غائبين.

٢ـ تخلف الشرط في الإيجاب أو القبول المعلق على شرط، إذا كان هذا الشرط حاصلا في أحدهما منذ البداية.

٣ـ وفاة الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول، ووفاة الموجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته قبل صدور القبول منه، وهذا الحكم فيما يبدو خاص

بالقانون المدني السوري لأن الموت وفقد الأهلية في القوانين الوضعية الأخرى بما فيها القانون المدني المصري (المادة ٩٢) لا يؤديان إلى سقوط التعبير عند اتصاله بعلم من وجه إليه قبل حصول موته أو فقده لأهليته.

أما الإيجاب نفسه فيسقط بالإضافة إلى ما مر في حالات أخري متعددة نشير إليها بإيجاز فيما يلي :-

١ـ رفض الإيجاب ممن وجه إليه حتى لو كان الرفض قبل انقضاء الميعاد المحدد للقبول علما بأن إجراء أي تعديل على الإيجاب يعتبر رفضا له.

٢ـ انقضاء الأجل الذي يجعل فيه القانون الإيجاب ملزما دون أن يصدر من الطرف الآخر قبول معين.

٣ـ انفضاض مجلس العقد الذي صدر فيه الإيجاب دون أن يصدر من الموجه إليه قبول لأن ذلك يعتبر رفضا يتم فيه سقوط الإيجاب.

وهذا الحكم في هذه الحالة مقتبس من فقه الشريعة الإسلامية، وقد أخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٨٢) منه.

٤ـ صدور الإيجاب في صورة عطاء مقدم في مزايدة أو في مناقصة فإن هذا الايجاب ـ حسبما أفاد البعض من شراح القانون «يسقط بمجرد تقدم عطاء آخر بعده بأزيد منه في حالة المزايدة، أو بأقل منه في حالة المناقصة ولو كان العطاء الآخر باطلاً».. وهذا الحكم أشارت إليه المادة ٩٩ من القانون المدني المصري، وغيرها من النصوص.

الفرع الثاني

صدور القبول وأثره على تحديد زمن الانعقاد

التعريف بالقبول

يطلق القبول اصطلاحاً ويراد به كل صيغة تعبر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، وتقوم بربط عملية التعاقد على أساس من الشروط والبيانات التي عرضها الموجب.

وفي ضوء هذا نستطيع أن نتبين أن القبول هو الشق الثاني من عملية التعاقد الذي يمثل إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بالرضا فيما عرضه الموجب، وهذا ما نصت عليه بوضوح بعض القوانين الوضعية، المشار إليها آنفاً في موضوع الإيجاب.

كما نستطيع أن نتبين في ضوء هذا التعريف وفي ضوء ما مر من حديث أن القبول ـ شأنه في ذلك شأن الإيجاب ـ لا يشترط أن يتخذ صورة تعبيرية معينة من صور التعبير المعتادة.

يضاف إلى هذا أن القبول يلزمه أن يكون معبراً عن رضا صاحبه وإرادته بنحو بات لا يقبل التردد، وبنحو مقترن بإيجاب الطرف الآخر. ولكن اقترانه هذا بالإيجاب ـ وهو ما نريد أن نبحثه في هذا المجال ـ لا يلزم أن يحصل في

نطاق (مجلس مكاني واحد وزمان واحد)، وإنما يمكن حصوله في نطاق مكانين وزمانين مختلفين.

ولبيان الحكم في ذلك علينا أن نوزع البحث إلى موضوعين :

. نتحدث في (الأول) منهما عن : اقتران القبول والإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين.

. ونتحدث في (الثاني) عن : اقتران القبول والإيجاب في حالة التعاقد بين غائبين.

كما يقتضينا البحث في هذا المجال أن نعرض في موضوع (ثالث) : لبعض الحالات الخاصة في القبول ..

فهنا ثلاثة موضوعات نعرض لها تباعاً :

أولا ـ اقتران القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين حاضرين

الأصل أن العقد إنما يتم بإقتران القبول والإيجاب اقتراناً فعلياً في نطاق مجلس مكاني حقيقي أو حكمي واحد، وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بالتعاقد بين حاضرين، ولكن ـ قد يتم التعاقد أيضاً عبر مكانين أو زمانين مختلفين، وهذا ما يقال له التعاقد بين غائبين، ولكل من هاتين الحالتين أحكامهما وشروطهما، وسنراهما تباعاً مبتدئين بالبحث في أحكام الحالة

الأولي وهي حالة التعاقد بين حاضرين.

ويتحقق هذا التعاقد في الأصل ـ كما ألمحنا ـ بإنشاء العقد وحصوله في نطاق مجلس مكاني واحد، بحيث لا يبرحه الطرفان، ثم ببقاء هذين الطرفين منشغلين انشغالاً فعلياً بشأن موضوع العقد الذي يدور حوله التساوم، بمعني أن العقد في هذه الحالة لا يتم ولا يتحقق إلا بحصول هذين الشرطين معا وهما :

ـ مكانية المجلس الواحد وعدم بروحه .

ـ وانشغال الطرفين بشئون التعاقد.

فإذا لم يتحقق هذان الشرطان أو أحدهما فلا عقد ولا تعاقد، كما لو تفرق الطرفان عن المجلس، أو بارحه أحدهما ، أو انشغلا معاً أو أحدهما بأمور أخرى خارجة عن نطاق العقد بحيث يعد ذلك منهما انصَرافاً في العرف عن التعاقد.

على أن القانون قد أعطى في بعض الحالات التي يكون فيها الطرفان بعيدين عن مظلة المكان الواحد (حكم) التعاقد بين حاضرين، كما في حالة التعاقد عبر الهاتف، وذلك استثناء من الأصل، باعتبار أن المشافهة الكلامية هنا تعتبر بحكم أو بمثابة المواجهة الحقيقية الفعلية.

لكنه مع ذلك، لا تشترط في الرأي القانوني الراجح، الفورية في اقتران الإيجاب بالقبول أو المبادرة الفعلية إلى إصدار القبول إثر صدور الإيجاب، حيث يمكن للطرف الموجه إليه هذا الإيجاب أن يتراخى في اصدار قبوله

ليتأتى له تدارس الموضوع والتبصر بشأنه قبل ربط نفسه بالتعاقد، وذلك طالما أن الموجب لم يعلن بعد عدوله عن الإيجاب، وطالما أن الطرفين ظلا منشغلين بشأن الموضوع.

وإلى هذه الأحكام وتفصيلاتها جاء النص واضحاً في بعض التقنينات الوضعية بقولها:

١. إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعينّ ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢. ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

كما أشارت إلى هذا المعنى تقنينات أخرى سبق أن أبدينا عليها بعض التحفظات والملاحظات حول أسلوب الأداء ولا يعفيها أن تكون قد استقت نصوصها من مجلة الأحكام العدلية التي كثيراً ما يثار النقد لبعض نصوصها.

ويبدو أن النصوص القانونية المذكورة متأثرة جميعا وبشكل واضح بأحد اتجاهين من الاتجاهات الفقهية الشرعية المتعلقة بفكرة (مجلس العقد). وهو الاتجاه الذي يميل كما أوضحنا إلى القبول بعدم لزوم فورية اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد طالما أن الموجب ظل باقياً على إيجابه،

وأن الطرفين ظلا من جهة أخرى منشغلين بموضوع التعاقد.

وقد أطلق بعض الشراح من أساتذتنا على هذه الفكرة بـ :

«نظرية مجلس العقد» وعزا صياغتها بوجه خاص إلى فقهاء الحنفية، وفي مقدمتهم الفقيه الكاساني صاحب بدائع الصنائع كما يظهر أيضا أن فقهاء الحنابلة يميلون أيضا إلى هذه الفكرة بشكل عام استناداً إلى الحديث الشريف المار ذكره والقائل :«المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار».

وهذا الاتجاه فيما يبدو هو الذي يمكن سريانه في ظل الأنظمة السعودية والقضاء السعودي، ذلك أن المملكة العربية السعودية تجري من حيث المبدأ في أحكامها المتعلقة يالمعاملات المالية وفقاً لمذهب أحمد بن حنبل واتجاهاته الفقهية كما صرحت بذلك بعض المصادر الرسمية.

أما بقية فقهاء المذاهب، وفي طليعتهم فقهاء الشافعية فيبدو أنهم ينزعون إلى الاتجاه الآخر القاضي بلزوم فورية التعاقد أو بالأحرى فورية اقتران القبول بالإيجاب الصادرين في مجلس التعاقد، ولا يخفى ما في هذا الرأي من حرج وضيق يمكن أن يلحق المتعاقدين، ولهذا أعرضت عنه التقنينات الوضعية المذكورة بالرغم من كونه لا يزال يسود كثيراً من التقنينات في البلاد الغربية مع المنع في نفس الوقت من خيار المجلس.

ثانيا - اقتران القبول بالإيجاب
في حالة التعاقد بين غائبين

تشير فكرة (التعاقد بين غائبين) في رأي الأغلبية من شراح القانون إلى ذلك النوع من التعاقد الحاصل بين طرفين بعيداً عن (مظلة) المجلس الواحد، بحيث يتم هذا التعاقد مثلا عبر أحدي وسائل الاتصال النقلية أو الآلية المعتادة، أو عبر رسول لا يحمل صفة النيابة.

غير أن فريقاً من شراح القانون يرى أن المسألة ليست منوطة بوقوعها بعيداً أو قريبا عن مظلة المجلس الواحد، كما قد يستشف من عنوانها، وانما هي منوطة، في الأصل، بانعدام التزامن بين صدور القبول وعلم الموجب به ففى هذه الحالة وحدها يمكن ان تسمي التعاقد الحاصل بين طرفين تعاقداً بين غائبين بعد ترفر شروطه وعناصره الأخرى.. ذلك أن التزامن هو في الواقع من مميزات وعناصر التعاقد بين حاضرين، وبه تتحدد نقطة الخلاف وضابط التمييز والتفريق بين حالتي التعاقد.

ولعله من هنا لم يثر كبير خلاف بين فقهاء القانون حول مسألة تحديد زمن الانعقاد في التعاقد بين حاضرين، باعتبار أن هذا التحديد حاصل بطبعه ومستمد من التقارن أو التزامن المذكور الواقع بين صدور القبول وعلم الموجب به، فلا مشكلة ولا خلاف.

إنما المشكلة والخلاف يمكن أن ينشآ وينعكسا على التقنينات الوضعية نفسها بشأن تحديد زمن الانعقاد في مسألة التعاقد بين غائبين، إذ ليس

هناك وضع معين متفق عليه يمكن أن يحدد زمن الانعقاد كما هو الحال في صورة التعاقد بين حاضرين الذي حددته واقعة (التزامن) المذكورة.

لقد أسفر هذه الخلاف عن أربع نظريات قانونية لها أنصارها ولها أسانيدها المختلفة، وهذه النظريات حسبما وردت عن أصولها الأجنبية هي :

- نظرية صدور القبول أو ما سميت بنظرية اعلان القبول.
- نظرية تصدير القبول.
- نظرية وصول القبول.
- نظرية العلم بالقبول.

ولا نريد ان ندخل في تفاصيل هذه النظريات وملابساتها ومناقشة حججها وأسانيدها، ولكن يجدر بنا ـ ونحن في هذا المستوي من الدراسة ـ أن نشير إلى بعض أغراضها وعناصرها، وأن نحدد مواضعها من القوانين الوضعية السائدة.

ا ـ نظرية صدور القبول :

يرى أصحاب هذه النظرية أن الأصل في تمامية العقد وتحقيق آثاره هو تلاقي الإرادتين الحاصل وقت صدور التعبير بالقبول، ففي هذه اللحظة من صدور التعبير يتم الترابط وينعقد التراضي بين الطرفين وتتحدد آثاره، وذلك عملاً بالقواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد وتحقيقا لمقتضيات الحياة العملية والتجارية التي تدعو إلى البساطة وسرعة التنفيذ.

وقد انحاز إلى هذه الفكرة كل من قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٨٤ منه، والقانون المدني السوري في المادة ٩٨ منه، حيث صرح هذا الأخير بقوله :إن العقد بين الغائبين يتم « .. في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك» وقد عزا بعض شراح هذا القانون انحياز هذا القانون إلى النظرية المذكورة خلافاً لأصله المصري.. عزاها إلى «أن القانون اللبناني كان قد أخذ بنظرية تمام العقد بإعلان القبول، وبالنظر لكثرة المعاملات بين سورية ولبنان كان من المصلحة توحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين المتجاورين».

كما قيل إن الأحكام القضائية في فرنسا منحازة هي الأخرى إلى هذا الاتجاه حيث يكتفي القضاء الفرنسي في العقد بمجرد تلاقي الإرادتين.

ويبدو لي مضافاً إلى ذلك أن الرأي في الفقه الإسلامي يميل إلى هذا الاتجاه، من حيث ان تمامية العقد لدى هذا الفقه تتحدد بالتراضي وتوافق الإرادتين، وهذا حاصل بالطبع عند صدور القبول أو الإعلان عنه، الأمر الذي يجعل الرأي القضائي والإداري في المملكة العربية السعودية مبنيا على هذا الاساس حيثما تثار قضية أو مسألة بهذا الصدد.

ويتبين ذلك واضحا على وجه الخصوص من الحكم الوارد في بعض كتب الحنابلة يقول البهوتي - وهو من فقهاء الحنابلة المعروفين -«إن كان المشتري غائبا عن المجلس فكاتبه البائع أو راسله : اني بعتك داري بكذا.. فلما

بلغه ـ أي المشتري ـ الخبر قبل .. صح العقد».

٢ـ نظرية تصدير القبول :

يرى أصحاب هذه النظرية ـ التي يمكن اعتبارها صياغة أخرى للنظرية السابقة مع بعض التحوير ـ أنه لا يكفي لتمامية العقد مجرد صدور القبول من صاحبه، وأنما لا بد من تصديره، أي إبراده وخروجه من حوزة القابل، بحيث لا يملك أن يسترده، وذلك للتثبت من صدور القبول بشكله الرسمي القاطع.

وقد اعتمد هذه النظرية أو تفرد بها فيما يظهر كل من قانون الالتزامات السويسري في المادة العاشرة منه والقانون البرازيلي في المادة ٥٦ ف١، أخذاً بتلك المبررات كما نحسب.

٣ـ نظرية وصول القبول :

ومقتضى هذه النظرية التي ذهب إليها فريق ثالث من فقهاء القانون، أن العقد لا يصح اعتباره تاما ومنتجا لآثاره إلا بعد وصول القبول، أو وثيقة القبول إلى حوزة الموجب، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا الوصول هو قرينة دالة على علم الموجب بصدور القبول، وإن لم يكن قد علم به فعلا.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه القانوني رأيهم : أنه حيث يمكن للقابل أن يسترد الرسول أو يسترد الخطاب أو البرقية من حوزة البريد بعد إبرادها ـ حينما تجيز الدولة هذا النحو من الاسترداد ـ فلا أثر لتصدير القبول دون

الوثوق بوصوله فعلا إلى حوزة الموجب.

وعليه لا نكون ازاء وضع مطمئن بتمامية العقد وتكوينه إذا لم نعتمد الفكرة المذكورة القائلة بلزوم تسلم القبول ووصوله فعلا إلى حوزة الموجب.

٤- نظرية العلم بالقبول :

أما هذه النظرية الأخيرة، فقد جاوزت كل تلك الآراء والمبررات التي أخذت بها النظريات الأخرى معتبرة أنها غير مجدية ولا كافية لاحداث القبول أثره في تكوين العقد، فما دام أن الموجب لم يحط علما بصدور القبول ولم يبلغ به بصورة فعلية فلا يمكن للإرادة أن تنشىء آثارها ولا للعقد أن يعبر عن طبيعته وبنيته القانونية، وذلك تأسيسا على أن التعبير عن الإرادة لا ينتج اثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

ولكن هؤلاء في نفس الوقت يتخذون من وصرل القبول قرينة فعلية على علم الموجب به، غير أنها قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس.

وقد طغت هذه النظرية على نظيراتها بعد أن اعتمدتها معظم التقنينات الوضعية بما فيها التقنينات العربية السائدة كالقانون المدني المصري في المادتين ٩١ , ٩٧ منه والقوانين المنبثقة عنه، وكالقانون المدني الكويتي في المادة ٤٩ منه، والقانون المدني العراقي في المادة (٨٧) منه مع اختلاف في التعبير.

ومن القوانين الأجنبية التي اعتمدت هذه النظرية. كل من القانون المدني

الألماني في المادة (١٣٠) منه، والقانون المدني الأسباني في المادة ٢٦٢/٢ منه، والتقنين التجاري الايطالي في المادة ٣٦ منه، مضافا إلى مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي في المادة ٢ف١منه.

الاثار المترتبة على الأخذ بنظرية دون أخرى :

هذا وذكرت هناك كثير من الاثار والنتائج القانونية التي تترتب على الأخذ بنظرية دون أخرى، وقد تحاشينا عن ذكرها وذكر تفصيلاتها في هذا النطاق الضيق من الكتاب، اعتماداً على الدراسات الموسعة الجارية في هذا الصدد ، ويجدر بالمتتبع من طلابنا أن يحيط بها ولو بقدر محدود.

ثالثا ـ حالات خاصة من القبول

هناك حالات خاصة من القبول المقترن بالإيجاب أفرد لها بعض الشراح مباحث لبيان طبيعتها وحكمها من القانون، وقد رأينا أن نعرض في هذا المجال لبعضها وهي :

- حالة القبول في عقود الإذعان.
- وحالة القبول في عقود المزاد العلني.
- ثم حالة السكوت بما فيها من دلالة على القبول.

ولكن بالنظر لكوننا قد استوفينا الحديث من قبل في هذه الحالة الثالثة

الأخيرة، فسنقصر بحثنا الآن على الحالتين الأولى والثانية وعلى النحو التالي :

أـ القبول في عقود الإذعان أو عقود الإضطرار :

عقود الاذعان هي في الأصل عقود يعرض فيها طرف يتمتع بمركز اقتصادي قوي على طرف آخر أضعف منه مركزاً شروطاً محددة، فلا يكون لهذا الطرف الأخير من معدى سوى التسليم بقبولها دون مناقشة أو مساومة.

ولعل الأولى ان نطلق على هذه العقود مسمي «عقود الاضطرار» وذلك لما تعطيه هذه العقود من دلالة على الإضطرار والتلجئة أكثر من دلالتها على الخضوع والإذعان خاصة وان هذا المصطلح ربما يكون الصق بالمصطلحات الاسلامية في هذا المضمار وأقرب من غيره إلى مرتكزاتها الذهنية.

وعقود الإضطرار أو الإذعان هذه أصبح لها اليوم في حياتنا العملية تطبيقات واسعة الانتشار وبخاصة في نطاق المرافق والمنافع العامة مثل المياه والكهرباء ومثل البريد والهاتف ونحوها. فالشخص في هذه الحالات أصبح مضطراً إلى التعاقد مع المؤسسات والمصالح العامة التي تديرها وبالشكل الذي تفرضه من شروط.

حكم هذه العقود :

أما الحكم القانوني في هذا النحو من العقود فقد انقسم فيه الرأي إلى اتجاهين :

اتجاه يجنح إلى القول ببطلان هذه العقود وإنكار صفة (العقدية) عليها، وذلك بحجة غياب الإرادة الحرة فيها أو عدم إعمال مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر هو الأساس في تقويم عملية التعاقد، والمعروف أن فقهاء القانون العام كانوا من أبرز من تبني هذا الاتجاه.

أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى القول بصحة هذه العقود أو صحة القبول فيها وإلى كونها عقوداً لا تختلف عن سائر العقود الأخرى من حيث توافر العناصر الأساسية للتعاقد، بما في ذلك التراضي وإن شابه نوع من الإذعان.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد تغلب على ما سواه وبخاصة في نطاق القانون الخاص، كما أن هذا العقد قد أخذ مكانه بين التقنينات الوضعية في كثير من دول العالم بما فيها بعض الدول العربية، وان لم تشأ هذه الدول أن تفرد لهذا العقد تنظيماً خاصاً وتفصله عن أصله وهو القانون المدني لإمكانية سريان الأحكام العامة في هذا القانون على هذا العقد خلا مسائل معينة نص عليها القانون.

ومن بين هذه المسائل ما جاء في المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري عن حكم القبول، والتي صرحت بقولها : «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

ولعله من باب الحماية للطرف الضعيف من تعسف الطرف المحتكر، فقد أعطي القانون القاضي صلاحية التعديل فيما قد تنطوي عليه بعض عقود الإذعان من شروط تعسفيةخلافاً لطبيعة وظيفة القاضي التي تعتبر وظيفة تفسيرية وليست تقريرية، تقول المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري وما يناظرها من مواد في قوانين البلاد العربية الأخرى «اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة» وأخذاً بفحوى نظرية التعسف في استعمال الحق التي غدت سائدة في فقه القانون.

كما تضيف المادة المذكورة قولها :«يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» وتقدير ما اذا كان هذا الشرط تعسفياً أو طبيعياً يعتبر مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحاكم العليا في البلاد.

ومما أولاه القانون الوضعي أيضا من حماية للطرف الضعيف في بعض عقود الإذعان، ما جاء في المادة ٧٧ من نظام العمل والعمال السعودي بقولها بعد أن اشترطت وجوب كتابة عقد العمل باللغة العربية :«.. ويعتبر العقد قائما ولو كان غير مكتوب بحيث يجوز للعامل وحده إثبات حقوقه بكافة الطرق ويكون لكل من الطرفين أن يطلب كتابة العقد في أي وقت».

كذلك أعطى القانون ميزة أخرى لعقود الإذعان خرج بها على القاعدة العامة في تفسير العقود التي تقضي بأن «الشك يفسر لمصلحة المدين» فأفاد بأن الشك في العبارات الغامضة الواردة في عقود الإذعان يفسر دائما

لمصلحة المذعن دائنا أو مدينا وذلك كضرب من ضروب الحماية التشريعية للطرف الضعيف.

ب ـ القبول في العقود التي تتم عن طريق المزايدة :

تختلف طبيعة الإيجاب والقبول باعتبارهما معبرين عن الإرادة في عقود المزايدة عنهما في العقود الأخرى الاعتيادية، وذلك أن طرح التعاقد في مزايدة علنية ولو مع عرض قيمة أساسية للصفقة المطروحة لا يعد إيجاباً حقيقياً بمعناه ووصفه المعروف، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد لخلوه من عنصر الحسم والبتات الذي يفترض أن يكون متمثلاً في كل إيجاب.

ثم إن الإيجاب في عقود المزايدة لا يتمثل في ذلك النمط المعتاد من عرض السلعة بثمن أو بآخر، وانما يتمثل في تلكم العطاءات التي يتقدم بها المزايدون والتي تتساقط واحداً تلو الآخر حتى رسوّ المزاد على آخر عطاء يتقدم به أحد المشاركين في عملية المزايدة حيث يعتبر رسوّ المزاد هذا بمثابة «قبول» ولكنه قبول مشروط بإقرار من يقوم بإجراءات المزايدة أو بتصديق الجهة المختصة التي تجري المزايدة لحسابها، وبهذه الصورة من القبول تتم بنية العقد وتتحدد آثاره، أخذاً بحكم بعض النصوص القانونية.

والمعروف أن رسوّ المزاد لا يتم في العقد إلا بعد صدور قبول صاحب الصفقة على أكبر عطاء، غير أنه من الممكن في بعض الحالات كما هو في حالة المزايدة (بالمظاريف) آن يشارط صاحب الصفقة هذا على قبول العطاء

الأفضل له، وإن كان أقل قيمة مع الأخذ بنظر الاعتبار أن يكون لهذا الاختيار مبرراته المقبولة.

وأياً ما كان الحال، فإنه يستوي في ذلك الحكم أن يكون المزاد في ذاته إلزامياً كما هو الأمر في البيوع الجبرية الواقعة عن طريق الإدارة أو القضاء ـ أو يكون هذا المزاد اختيارياً، كما هو الحال فيمن يختار المزاد طريقاً لبيع سلعته.

كذلك يستوي في هذا الحكم أيضاً ما يطرح في المقاولات وغيرها من المعاملات المالية عن طريق (المناقصات) فهي أيضاً ضرب آخر من العقود التي تنعقد بواحد من العطاءات المطروحة كإيجاب في العملية، وبرسوّ المناقصة على أحد المشاركين كقبول فيها.

الفرع الثالث
تطابق الايجاب مع القبول

بعد أن تبينا في الفرعين الأول والثاني من هذا المبحث كيفية اقتران القبول بالإيجاب وأثره على زمن تحديد الانعقاد : يجدر بنا أن نتبين في خطوة لاحقة ولصيقة بالموضوع كيفية تطابق الإيجاب والقبول، أو بالاحرى كيفية ومعني تطابق الإرادتين الصادرتين من الموجب والقابل والتقائهما في

وعاء واحد، إذ أن التقارن بين الإرادتين أو صدورهما ـ وهو أمر شكلي ـ لا يكفي وحده لتكوين ركن التراضي كعنصر أساسي في التعاقد، وإنما لا بد بالإضافة إلى ذلك من التطابق بينهما والتعادل في كل ما تفرزه صيغة العقد من عناصر أساسية.

ولكي نأخذ فكرة أولية ومبسطة عن كيفية وحدود هذا التطابق نبادر إلى إيراد النص التالي الذي احتوته بعض التقنينات الوضعية السائدة .. يقول هذا النص. :

١ـ يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

٢ـ وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

وفي البداية نلحظ أن هذا النص القانوني قد خرج على الأصول المتبعة في التقنين التي يجب في الأصل أن تتحرى المبادىء والقواعد العامة، أما التفاصيل والإيضاحات فهي من وظيفة وصناعة الشارح وليس من وظيفة الشارع فقد كان بالامكان ان يستغني واضع هذا النص كما استغنى فعلا

واضعو النصوص العربية الأخرى ـ عن الفقرة الأولي منه اعتمادا على القاعدة الواردة في نص سابق عليها، وهي قولها «إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب».

معنى التطابق : وعلى أية حال فالتطابق الذي نعنيه أو الذي عناه المقنن في النص المذكور، هو ان يحصل التوافق والتعادل في كل ما تناوله أو تفاوض عليه القابل والموجب من عناصر أساسية وفرعية متصلة بموضوع العقد.

فإذا ما حصل أي اختلاف في إرادة القابل عن إرادة الموجب، وفي أي عنصر من العناصر المؤثرة التي تناولها وتفاوض عليها الطرفان، فإن ذلك يعتبر رفضا أو بمثابة رفض للإيجاب وللعقد نفسه، ولا يفرق في هذا القبول الصادر أن يكون بصورة تعديل للإيجاب، أم بصورة تقييد أو تغيير، أم بصورة تخفيض لقيمة التعاقد أو نحوها.

فلو عرض شخص مثلاً إيجار منزل بألف ريال شهرياً فقال المستأجر قبلته بعشرة الاف ريال سنوياً اعتبر ذلك بمثابة رفض للتعاقد، ومثله الحكم مالو عرض ايجار المنزل بألف فأجابه المستأجر قبلته بتسعمائة أو نحوها.

كذلك يعد رفضا لو عرض شخص بيع سلعة معينة فأجابه المشتري بالقبول مشيراً إلى سلعة مختلفة أخرى.

بيد أن كل هذه الأنماط المختلفة من القبول يمكن اعتبارها بمثابة إيجاب مبتدأ لعقد آخر، يمكن الرد فيه بالقبول من الطرف الثاني الذي سبق أن

اعتبرناه طرفاً أولاً.

ولكنه من ناحية أخرى يمكن ـ فيما تفيده الفقرة الثانية من النص المذكور ـ أن يتفق الطرفان على جميع المسائل أو العناصر الجوهرية في العقد ويحتفظا لنفسيهما بمسائل أخرى تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، وذلك حينما تتهيأ لهما الفرصة الكافية لتحديد المصالح الذاتية لكل منهما والتبصر فيها .. كما لو اتفق الطرفان مثلاً في عقد مقاولة لتوريد مصنع معين : على كل العناصر الأساسية المتعلقة بالمصنع كقيمة المصنع وطبيعته ومحتوياته، ثم اختلفا على مسائل أخرى ولكنها ثانوية كالاشراف على نصب المصنع أو طريقة التعبئة عند التوريد، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد وترتيب آثاره فيما إذا اتفقا على إرجاء هذه المسائل الثانوية إلى حين البدء في تنفيذ العقد مثلاً.

وإذا ما نشأ بعدئذ بين الطرفين أي خلاف بصدد هذه المسائل التنفيذية، فإن المحكمة هي التي تتولى حسم الخلاف وفصل الموضوع وفقا لطبيعة المعاملة وطبقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة.

حكم التطابق في الشريعة الإسلامية:

وفي حدود تتبعنا لا أجد ما ينم عن وجود اختلاف في الحكم بين الشريعة والقانون في موضوع لزوم تطابق الإيجاب والقبول على محل التعاقد.

فالإجماع بين فقهاء الشريعة يكاد يكون منعقداً على هذا النحو من

التطابق في المسائل الجوهرية المتعلقة بكل عقد، وأن أي اختلاف في ذلك يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد أو رفضه أو تحويله إلى عقد آخر.

يقول الكاساني من فقهاء الاحناف تعليقا على تعريف التطابق المذكور آنفا وهو : أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه.. «فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق» ومفهوم ذلك أن العقد في هذه الحالة وإن اعتبر مرفوضا وغير منعقد لكنه يمكن اعتبار التعديل الذي أورده القابل - وهو يرد على الموجب - إيجاباً لعقد جديد.

كما تنص المادة ٢٢٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل بقولها :«يشترط لصحة العقد موافقة القبول للإيجاب في القدر والنقد وصفته والحلول والأجل» وقد عززت حكمها المذكور بضرب بعض الأمثلة المتعلقة بهذا التطابق.

هذا ويمكن اعتبار الأحكام الشرعية المذكورة وبخاصة فيما يتصل بحكم المادة ٢٢٧ من المجلة التي تمثل رأي الحنابلة : أحكاماً سارية المفعول وواجبة التطبيق في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، وإن لم يرد بشأنها تقنين معين.

المبحث الثالث

سلامة الرضا من عيوب الارادة

تمهيد :

بعد أن أوفينا الحديث في المبحثين الأول والثاني من الفصل الإول المتعلق بتراضي المتعاقدين، عن صيغة التعاقد أو التعبير عن الإرادة، وعن اقتران القبول والإيجاب وتطابقهما : يبقى علينا آن نتحدث في مبحث ثالث وأخير من هذا الفصل : عن موضوع سلامة الرضا من عيوب الإرادة.. إذ كان الحديث في المبحثين الأولين منعقداً، كما لاحظنا، حول وجود التراضي، أما هذا المبحث الثالث فسوف ينعقد لدراسة موضوع صحة هذا التراضي وسلامته من عيوب الإرادة.

حصر عيوب الإرادة :

الغلط، والإكراه، والتدليس، والاستغلال، وما يقاربها أو يداخلها من الخطأ والنسيان والاضطرار : هي مصطلحات بعضها قانوني، وبعضها الآخر شرعي، والغالب منها اصطلحه الطرفان.

عقدت لها دراسات وبحوث، فيما انتظمتها عناوين اتخذت مكانها في فقه القانون باسم: (عيوب الإرادة) أو عيوب الرضاء.

تأكدت أهمية هذه الدراسات والموضوعات بعد تفشي الانحلال الخلقي وانحسار القيم في مجتمعاتنا المعاصرة، وبخاصة تلك التي توصف بالمجتمعات المتحضرة.

هذه العيوب التي وردت أحكامها وآثارها في كثير من التقنينات الوضعية، وفي فقه الشريعة الإسلامية أيضا، لوحظ أن بعضها يمكن أن يجانس البعض الآخر أو يداخله، كمصطلح (الخطأ) الذي يمكن أن ينتظم تحت موضوع (الغلط)، و(كالاضطرار) الذي يمكن احتواؤه في موضوع (الإكراه). وكذلك (النسيان) الذي قد نتجوز بإدخاله أيضا في عنصر (الغلط)، على أن للنسيان كعيب من عيوب الأرادة أحكاماً واثاراً معينة في الشريعة الرسلامية وبخاصة في قسم العبادات. وكان بعزمنا أن نعقد لهذا الموضوع فصلا خاصا في هذا المجال، بيد أن محدودية هذه الدراسة وطبيعتها القانونية أوحت إلينا أن نتركه إلى الموسعات .

وفي ضوء هذا التداخل والتجانس بين المصطلحات المختلفة المذكورة آثرنا أن نحصر مسألة (عيوب الإرادة) بأربعة أنواع هي :

- الغلط.
- الإكراه.
- التدليس أو التغرير مع الغبن.
- والاستغلال.

تكييف البحث في عيوب الإرادة :

من أجل أن نرسم صورة واضحة ومميزة لهذه العناصر باعتبارها عيوباً في الإرادة علينا أن نوضح :

أن العناصر المذكورة من غلط وإكراه ونحوهما :

ـ قد تلحق الإرادة(تارة) فتؤدي إلى انعدامها .

ـ وقد تلحق (تارة أخرى) فتؤدي إلى اختلالها أو إيقافها عن التأثير.

ـ كما قد تلحقها (ثالثا) فلا تترك تأثيراً عليها ـ أي على الإرادة ـ لا من ناحية الاختلال ولا من ناحية الانعدام.

فأي من هذه الحالات الثلاث يمكن أن نحتويه، وأي منها يمكن أن نستبعده عن دائرة موضوعنا المتعلق بعيوب الإرادة؟

نستبق القول، فنذكر أولا : ان الذي يمكن ادخاله تحت دائرة هذا الموضوع لا يتعدى حالة العيوب التي تؤدي إلى اختلال الإرادة، أما ما سواها من الحالات الأخرى فلا نراها تلتئم مع موضوع عيوب الأرادة.

١ـ حالة انعدام الإرادة :

فهذه الحالة الموصوفة بانعدام الإرادة لا تجعلنا بصدد عيب في الإرادة حتى نبحث عن سبيل لإصلاحها، ولا بصدد قضية منظورة ولها كيان ووجود حتى نبحث عن طبيعة حكمها وآثارها.

فالإرادة في مثل هذه الحالة تعتبر من الناحية القانونية أو الشرعية إرادة غير موجودة، وبالتالي لا مجال للبحث عنها في اطار موضوعنا كعيب أو كنقص في الإرادة.

ومن تطبيقات هذه الصورة : ما يعرف بالغلط المانع، وما يعرف بالإكراه المادي، والإكراه الملجىء، ونحوها.

والمراد بالغلط المانع من الناحية الاصطلاحية : هو ذلك الغلط الواقع في ماهية العقد أو في محله أو سببه.. كمن يتعاقد على شي باعتقاد أنه إجارة، لكن الطرف الآخر تصوره بيعا، أو كمن تعاقد على شراء شريط مسجل للقرآن الكريم، لكن البائع تصوره نسخة مطبوعة من القرآن الكريم، فهذه الأمثلة ونحوها تنطوي على وجود غلط في طبيعة المعاملة أو طبيعة المحل أو في وجود السبب يسمى بالغلط المانع، وهو يؤثر في رأي فريق من فقهاء القانون على انعقاد الاتفاق لانعدام الإرادة، خلافا للفقيهين الفرنسيين بيدان وبولانجيه.

وقريب منه ـ وإن لم يكن فيه اجبار مباشر ـ ما سمي باصطلاح بعض الفقهاء المسلمين بـ (الإكراه الملجىء) أو التام، كالتهديد بإتلاف نفس، أو قطع عضو، أو إتلاف لكل المال أو لقسم كبير منه، فهذا النوع من الإكراه ـ في رأي الفقيه أبي حنيفه ـ يعدم الرضا ويفسد الاختيار وبالتالي لا يتم الانعقاد، خلافا للإكراه غير الملجىء الذي لا يتعدى أمورا بسيطة كالتهديد بالحبس أو القيد غير المديدين وبالضرب غير المتلف، وبكل ما أوجب غماً وألما يسيراً، طبقا لما جاء في أمثلتهم، فهذا النوع من الإكراه لا يفسد الاختيار وبالتالي لا يكون له أثر على تكوين العقد، وإن أعدم التراضي.

وقد أخذت بهذا التمييز في الحكم بين النوعين من الإكراه الملجئ وغير الملجئ مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩٤٩ منها، وتابعها على ذلك القانون المدني العراقي الذي نص على هذا الحكم وتفصيلاته في المادة ١١٢ منه.

بل إن معظم فقهاء المذاهب الإسلامية بمن فيهم بعض الأحناف، يذهبون إلى بطلان العقد إذا كان قائما على إكراه، من غير تفريق بين إكراه ملجيء أو آخر غير ملجيء، طالما كان ذلك الإكراه متعلقا بالتصرفات القولية، الأمر الذي يوحي بلزوم استبعاد العقد القائم على الإكراه أياً كانت صورته عن دائرة موضوعنا الذي يبحث في عيوب الإرادة وليس في موانع الانعقاد.

٢ ـ حالة قيام الإرادة أو صحتها :

ومن تطبيقات هذه الحالة التي استبعدناها عن نطاق البحث ـ وهي حالة العيوب التي تلحق الإرادة ولكنها لا تترك تأثيرا على صحة العقد فيظل قائما ـ الغلط الذي يقع في صفة غير جوهرية في محل العقد. كالغلط في نوعية القماش، أو نوعية الورق لكتاب مطبوع، أو الغلط في شخصية المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، أو في الباعث الدافع، ونحوها من الموارد والشواهد التي ساقها فريق من فقهاء القانون الفرنسي المتبنين للنظرية التقليدية في الغلط.

كما اعتبر من تطبيقات هذه الحالة : مجرد الغلط الحسابي، والغلط الكتبي اللذين يستفادان من نص المادة ١٢٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٤ من القانون المدني السوري :« لايؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح ذلك».

ومن تطبيقات تلك الحالة أيضا الإكراه الذي تكون وسيلته مشروعة

للوصول إلى غرض مشروع، كالدائن يهدد مدينه بالتنفيذ على ماله إذا لم يؤمن له حقه فيجري معه عقد رهن، فالإكراه في مثل هذه الحالة لا يترك تأثيرا على صحة العقد، حيث يعتبر عقد الرهن صحيحاً ومنتجاً، وبالتالي لا يعتبر ذلك عيباً في الإرادة أو الرضا.

وعلى أية حال فنحن مع هذا الرأي الذي يعتبر الأمثلة المذكورة المتعلقة بالحالة الثانية ليست من طبيعة الغلط أو الإكراه الذي يعيب الإرادة، الأمر الذي يقضي بإبعادها أيضا عن دائرة موضوعنا المتعلق بموضوع الارادة وإذا ما استبعدنا الحالتين السابقتين عن موضوعنا في عيوب الإرادة تظل الحالة الثالثة وهي :-

٣ـ حالة اختلال الإرادة :

هي وحدها المعنية بهذا الموضوع .. بمعنى أن البحث في عيوب الإرادة سوف لا يتناول سوى حالة العيوب التي تلحق الإرادة فتؤدي إلى اختلالها دون حالة العيوب التي تلحق الإرادة فتؤدي إلى انعدامها، وحالة العيوب التي قد تلحقها فلا تترك تأثيراً على اختلالها أو انعدامها.

وهذا ما سنلحظه جلياً من خلال بحثنا في كل واحد من عيوب الارادة التالي بيانها :

الفرع الأول
عنصر الغلط

ماهية الغلط :

يعرف فقهاء القانون الوضعي الغلط كعيب من عيوب الإرادة بأنه «وهم يستولي على النفس فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الواقع».. بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم المتعاقد صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم المتعاقد عدم صحتها.

أو هو بتعبير آخر أكثر دقة :«قصور الغرض المباشر من المتعهد عن اجابة الحافز الباعث على التعاقد» ولكن مع ذلك فإن هذا التعريف تظل فيه شمولية تتسع لأكثر من معني الغلط كعيب في الإرادة.

الغلط والخطأ :

الغلط بمفهومه المذكور، يمكن أن يلتقي مع معني (الخطأ) الذي يتردد ذكره في كثير من النصوص الشرعية الإسلامية، والمعروف أن للخطأ في اللغة مدلولين:

(أحدهما) ـ وهو المشتق من صيغة خطىء خطا وخطْا ـ يدل على معني جنائى وهو الذنب والخطيئة.

و(الآخر) ـ وهو المشتق من الرباعي أخطأ ـ مثلما يدل على المعني الأول المذكور، فإنه يدل أيضا وبصورة أشمل على معني مجانية الصواب ومخالفة الواقع.

وهذا المعني الأخير هو الذي يلتقي مع الغلط بمفهومه الاصطلاحي المذكور، فالغلط والخطأ بمعناه الأخير، يمكن اعتبارهما من نمط اصطلاحي واحد، وبهذا المعني عرفت بعض معاجم اللغة كلمة (غلط) بأنه :«من أخطأ الصواب» فيقال غلط في الأمر أو في الحساب، أو في المنطق: إذا أخطأ الواقع.

ويؤيد ما ذكرناه من وجود التجانس أو التقارب في الفقه الإسلامي بين معنى الغلط والخطأ بمفهومه الأخير ما جاء في بعض الأحاديث الشريفة بقوله عليه الصلاة والسلام :« من اجتهد فأخطأ فله أجر».. وهذا يعطي معني الغلط في القانون وبقوله (ص) أيضًا في حديث الرفع الجامع لشرائط الصحة وهو :«رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه ..»

ولا يخفي ما في كلمة الخطأ هذه من معني يقارب معني الغلط المذكور كمصطلح قانوني.

أما حكم الغلط فهذا ما سنلمحه في المبحثين التاليين من خلال وجهتي النظر القانونية، والفقهية الإسلامية.

أولا ـ حكم الغلط في القانون الوضعي :

أـ في القانون الفرنسي :

يري بعض شراح القانون الفرنسي من أصحاب النظرية التقليدية : أن

الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد يمكن تصنيفه إلى غلط يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، وآخر يبطله بطلاناً نسبياً، وثالث لا يكون له أثر في صحة العقد بأي نحو من الانحاء.

ويؤدي الغلط إلى انعدام الرضا بين أطراف التعاقد، بالنسبة إلى الصورة الأولى، والذي سبق أن أسميناه بالغلط المانع، وإلى فساده بالنسبة إلى صورته الثانية، بينما لا يؤثر هذا الغلط في صحة العقد بشيء من ذلك فساداً أو انعداما بالنسبة إلى الصورة الأخيرة.

غير أن فقهاء آخرين من شراح القانون الفرنسي المحدثين، وجهوا إلى هذه الفكرة التي أطلق عليها بعدئذ بالنظرية التقليدية بعض الملاحظات السديدة التي أدت إلى سقوطها عن الاعتبار موضحين بأنه :« ما دام أن العبرة بالغلط هي كونه جوهريا، فلا معني لتصور حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وأخري لا يؤثر فيها، بل يلزم أن تهدم هذه القواعد الجامدة ويزول الحاجز بين حالة وأخري ونستبدل معياراً بقاعدة، ويصبح الغلط مؤثرا في صحة العقد إذا كان هو الدافع إلي التعاقد، وذلك في جميع الحالات، ناظرين إلى كل حالة على حدة وفقا لملابساتها وظروفها الخاصة» وقد ساقوا لذلك بعض الأمثلة المنتزعة من الواقع ومن ساحة القضاء.

ب - في القوانين العربية :

وبهذه النظرية تأثرت كذلك جملة من التقنينات الوضعية السائدة في

البلاد العربية، حيث جاء النص في بعضها صريحاً بتبني المعيار الذاتي المذكور. تقول المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري - وهي في معرض بيان حكمها في الغلط كعيب من عيوب الإرادة - «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد» ثم تضيف المادة (١٢١) قولها لتحديد طبيعة هذا الغلط الجوهري وبيان معياره :« يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط» .. وواضح أن هذا النص أقام معيارا وضابطا للغلط الذي يعيب الإرادة، وتجنب ذكر قاعدة معينة بهذا الصدد.. بيد أنه مع ذلك - بالرغم من وجود المعيار - لم يفته أن يشير إلى بعض الحالات المعينة التي تجعل من الغلط جوهرياً ومؤثراً بقوله في المادة ١٢١ ف٢ :«ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص :

أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبارات المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية.

ب - إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات، أو هذه الصفة السبب الرئيسي إلى التعاقد.

هذا ومن الواضح أن هذه الحالات من الغلط إنما جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فكل غلط جسيم إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لولاه لما أقدم صاحبه على إبرام العقد، يجوز فيه ابطال العقد

والتحلل من آثاره... سواء وقع ذلك الغلط في صفة جوهرية للشيء أو في ذات التعاقد نفسه أو في صفة من صفاته الباعثة على التعاقد أو في أي شيء آخر.

ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا الحكم لا يسري إذا لم يكن المتعاقد الآخر قد وقع بنفس الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فليس للأول الذي وقع بالغلط التمسك بحق إبطال العقد ما دام صاحبه في التعاقد لم يشاركه الغلط، أو لم يكن على علم به علما حقيقيا أو مفترضا، حفاظاً على استقرار المعاملات.. وهذا ما جاء موضحا أيضا في النص الكويتي الآنف الذكر الوارد في المادة ١٤٧ بفقرتها الأولي منه.

أما التقنينات الأخري كالقانون المدني العراقي، فقد حاولت فيما يبدو التوفيق بين النظرية الحديثة التي تبناها القانون المدني المصري والقوانين المنبثقة عنه، وبين آراء بعض الفقهاء المسلمين.. حيث اعتبر هذا القانون - أي العراقي - العقد باطلاً إذا وقع الغلط في جنس الشيء المعقود عليه بأن اعتقد أحد الطرفين أن محل العقد من جنس معين في حين اعتقده الطرف الثاني من جنس آخر..وهذا هو المقصود بالغلط المانع الذي سبق أن لاحظناه في النظرية التقليدية، والذي سنري أنه فكرة اسلامية أيضا.

ولكن هذا القانون في مقابل ذلك لم يعتبر العقد باطلاً، إذا اتحد الجنس وتخلف فيه وصف مرغوب، وإنما اعتبره عقداً موقوفا على إجازةالمالك.. وواضح أن هذا التصوير متأثر بالنظرية الحديثة المذكورة، وان اختلف معها

في طبيعة الجزاء، اذا اعتبرت النظرية العقد مع الغلط قابلا للابطال، في حين اعتبره القانون المدني العراقي غير نافذ وموقوفا على اجازة المالك، وهو الشخص الواقع في الغلط.

تقول المادة ١١٧ ف/١ من هذا القانون ما يلي :

١- «إذا وقع غلط في محل العقد، وكان مسمئ ومشاراً إليه، فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمي وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد المشار إليه، وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفا على إجازة العاقد».. وقد ضرب على ذلك بالفقرة الثانية من نفس المادة بعض الأمثلة المنتزعة من مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣١٠ منها.. وذلك على ما هو متبع في النصوص التشريعية التي لا تميل إلى ضرب الأمثلة باعتبارها مهمة فقهية.

شروط الغلط :

ومن كل هذا يتضح ان الغلط كعيب من عيوب الإرادة لا يمكن تحقيقه الا بتوافر الشرطين التاليين :

١- ان يكون الغلط جوهرياً وجسيماً بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد.

٢- ان يكون المتعاقد الآخر قد وقع بنفس الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه ان يتبينه.

ثانيا : حكم الغلط في الفقه الإسلامي :

مسألة (الغلط في العقد) التي عرض لها بعض فقهاء المذاهب الإسلامية وبخاصة فقهاء الأحناف، يمكن أن تتبلور في هذا الفقه إلى ثلاث حالات مختلفة الحكم، علماً بأن هذه الحالات أو الأحكام المتصلة بها لا تؤخذ من خلال (نظرية) معقودة وإنما من خلال مسائل وموضوعات متناثرة في شتي أبواب الفقه وبخاصة في باب الخيارات والبيوع، وفي ركنية العقد وفساده، واجازة الأشياء والأشخاص، وفي الشفعة ونحوها.

أما هذه الحالات التي نريد أن نشير إليها في هذا الصدد فيمكن إيجازها بما يلي :

١ـ حالة الغلط في الجنس، كما لو جري الاتفاق بين طرفين على جنس معين ليكون محلا للتعاقد، ولكنه لدي إنشاء العقد تبين أنه من جنس آخر، كما لو بيع (فص) على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، أو رُهن شيء على أنه من ذهب فبان أنه من فضة.. فهذه الأنماط من الحالات العقدية تعتبر في رأي الفقهاء باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها حسب بياناتهم ضرب من بيع المعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم، ولأن العقد قد ولد باطلاً فلا يلحقه الرضا.. ومن الواضح أن هذا الحكم يتطابق مع الحكم الذي سبق أن عرضناه في موضوع (الغلط المانع) والذي ذهب إليه فريق من فقهاء القانون.

كما يري هؤلاء الفقهاء أن هذا الحكم القاضي ببطلان العقد، يمكن أن يسري أيضا إلى الغلط الواقع في الأشياء المتحدة في الجنس والمختلفة في

الوصف اختلافاً فاحشاً لا يسيراً، كما لو باع دارا على أنها مبنية من آجر، فتبين أنها مبنية من لبن.. ومن المعلوم مما مر أن القانون الوضعي في رأيه المذكور لا يجري مع الفقه الإسلامي في هذا الحكم المتعلق بهذه الصورة، ورنما اعتبر العقد صحيحا ولكنه قابل للابطال.

٢ـ حالة الغلط في وصف مرغوب فيه .. سواء كان هذا الوصف متعلقا بمحل العقد أو بشخص المتعاقد الآخر، كما لو اشتري شخص كتاباً على أنه من الطبعة الفلانية فظهر أنه من طبعة أخري، أو باعه فصاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر.. فالعقد يعتبر في مثل هذه الأمثلة ونحوها مما يكون فيها الغلط متعلقا بوصف مرغوب فيه : عقداً صحيحاً ونافذاً ولكنه قابل للرجوع والإبطال بموجب حق قيام الوصف الذي يستطيع المتعاقد استعماله. وبهذا الحكم كما سبق أن لاحظنا أخذ القانون المدني العراقي في المادة ١١٧ منه.

٣ـ حالة الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار، كما لو جري التعاقد مثلا بين مؤسسة تعليمية وجهة أخري على استقدام أستاذ له اختصاص معين، فأرسل مكانه أستاذ آخر لا يحمل ذلك الاختصاص، فالعقد في مثل هذه الصورة ونحوها يعتبر فاسداً حسب رأي بعض فقهاء الأحناف خلافا لغيرهم .. يقول السرخسي صاحب المبسوط ج ١٣ص١٢

:«ولو اشتري شخصا على أنه عبد فإذا هو جارية، فالبيع فاسد عندنا، وقال زفر : جائز، وللمشتري الخيار» وبنحوه أفاد صاحب البدائع وهومن الأحناف أيضا وان لم ينص على أن العقد فاسد، وإنما قال إنه :«لا ينعقد».

وقريب من ذلك مثل صاحب المغني من فقهاء الحنابلة - وإن لم ينطبق على موضوع الغلط - بمن يستأجر شخصا معينا لنسخ كتاب، فإنه لا يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأخير، لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله من الناسخ.

ويمكن أن ينطبق الحكم المذكور على شخصية الشفيع وشخصية المرضعة التي تبحث في باب إجارة الظئر عادة.

الفرع الثاني

عنصر الإكراه

تمهيد وتعريف :

يطلق الإكراه ويراد به في الاصطلاح :«كل ضغط يقع على إرادة شخص، فيبعث في نفسه رهبة تحملة على التعاقد، بحيث يكون ذلك بوجه غير مشروع».

والأصل أن الإكراه ينحل إلى نوعين.. نوع يؤدي إلى انعدام الإرادة

وتجريد صاحبها عن كامل حريته واختياره، وآخر يؤدي إلى جعل الإرادة معيبة أو مختلة، وقد قلنا مسبقا : إنه ليس للنوع الأول مجال في موضوعنا عن الإكراه بوصفه غيباً في الإرادة، ولذا فقد استبعدناه عن دائرة هذا البحث دون النوع الآخر.. الذي سنعرض لأحكامه وحده في ضوء كل من القانون والفقه الإسلامي.

أولا ـ الإكراه في التقنينات الوضعية :

أـ حكم الإكراه :

استقر الرأي في القانون الوضعي على اعتبار العقد الصادر عن إكراه كعيب في الإرادة، عقداً صحيحاً ومنتجاً لآثاره ولكنه قابل للإبطال، فمن وقع من المتعاقدين تحت وطأة الإكراه دون وجه حق جار له إبطال العقد أو طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه، وقد صرحت بهذا الحكم مختلف القوانين الضوعية السائدة بما في ذلك القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الجزائري المنبثق عنه في المواد ١١١١ ـ١١١٥، والقانون المدني الكويتي في المادة ١٥٦ف١ ،والقانون المدني المصري في المادة ١٢٧ف١، والمدني السوري في المادة ١٢٨ف١ ونظائرها من النصوص.

ب ـ شروط تحقق الإكراه:

ولكن يشترط لتحقق الإكراه من حيث كونه عيباً في الإرادة توافر

(أمرين) أو عنصرين أساسيين، هما : استعمال وسيلة فاعلة لتحقيق غرض غير مشروع، وحصول رهبة في نفس المتعاقد.

الأمر الأول ـ استعمال وسيلة فاعلة لتحقيق غرض غير مشروع :

يبدو ـ فيما يستشف من بعض النصوص ومن بعض الآراء الفقهية القانونية ـ أن العبرة في تحقق الإكراه وبالتالي بطلان التصرف أو العقد القائم على أساسه، إنما تتعلق أساساً بالغاية المستهدفة من عملية الإكرا، وليس بالوسيلة المستعملة فيه كما قد يحسب البعض ذلك..

فالغاية إذا كانت غير مشروعة ودون وجه حق، فالإكراه يكون متحققاً ومنتجاًلآثاره، سواء كانت الوسيلة المستعملة فيه مشروعة أو غير مشروعة كمن يهدد شخصاً بالإبلاغ عن جريمة أو مخالفة مالية ارتكبها (الوسيلة مشروعة) أو من يتوعد شخصاً شاركه في عملية غش (الوسلة غير مشروعة) إذا لم يعوضه هذا أو ذاك عما فاته من ضرر، أو إذا لم يؤمن حقاً له بسند مالي أو ضمان قانوني معين، ولكن ذلك بالطبع مشروط بأن لا يتجاوز الإكراه ما له من حقوق على الشخص المكره، والا كانت الغاية غير مشروعة وبالتاي يتحقق الاكراه، كما أن ذلك مشروط أيضاً بأن لا تكون الوسيلة غير المشروعة المستعملة لتحقيق غاية مشروعة : جريمة يعاقب عليها القانون كمن يهدد امرأة بالاغتصاب أو بالقتل، إذا لم تكتب له سنداً أو تبرم له عقداً أو عهداً عليها من حقوق مالية ثابتة .. فالعقد أو التعهد

في مثل هذه الحالات يكون عقداً أو عهداً باطلاً لتحقق عنصر الإكراه فيه.

ويبدو أن التبرير في تصحيح العمليات الواقعة تحت وطاة الإكراه بوسيلة غير مشروعة لتحقيق غاية مشروعة، يرجع إلى تطبيق القاعدة العرفية السائدة وهي أن (الغاية تبرر الوسيلة أو الواسطة). لذلك أجيز للمتضرر بناء على هذه القاعدة اقتضاء حقه بنفسه في حالة امتناع الغاصب أو المنكر عن التسديد.

الأمر الثاني - حصول رهبة في نفس المتعاقد :

لا يكفي لتحقيق عنصر الإكراه أن يحصل تهديد أو وعيد بالخطر في نفس المتعاقد، وإنما لا بد أن تنشأ من وراء ذلك رهبة تستولي على النفس، بحيث تحمله على التعاقد والخضوع للأمر الواقع، وهذا ما يمثل العنصر النفسي في الإكراه.

على أن هذه الرهبة التي تستولي على النفس فتحمله على التعاقد هي مسألة موضوعية تخضع في الأصل لتقدير القاضي وفقاً لظروف كل شخص وحالته، والمعروف أن الاشخاص يختلفون بعضهم عن البعض الآخر في مدي ما يتركه التهديد في نفوسهم من خشية أو رهبة.. وذلك بحسب الجنس أو العمر أو المركز الاجتماعي للشخص أو بحسب المؤثرات الخارجية أو النفسية التي يمكن ان تحيط به.. تقول المادة ١٥٦/٣ من القانون المدني الكويتي :«ويراعي في تقدير قيام الوهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو

الأنوثة، وسنه، وعلمه أو جهله، وصحته أو مرضه، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدي ما يترتب من خوف في نفسه».

ج ـ أحكام متعلقة بالشروط المذكورة :

١ـ هذا ولا تشترط لكي يتحقق الإكراه في الصور التي قلنا آنفا بتحقق الإكراه فيها :أن تكون الوسيلة المستعملة في ذلك هي بفعل المتعاقد نفسه، وإنما يجوز أن تكون بفعل نائبه أو أحد اتباعه أو حواشيه أو حتى بفعل أي واحد ينشأ العقد لمصلحته، فالإكراه من حيث هو عيب في الإرادة يكون مفسداً للرضا سواء صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير، ولكن يشترط في هذا الإكراه الصادر عن الغير أن يكون المتعاقد الآخر على علم أو من المفروض حتما أن يكون على علم به، والا فلا أثر لذلك عى صحة العقد ونفاذه فإذا أراد من وقع عليه الإكراه أن يطلب إبطال العقد بحجة وجود الإكراه جاز للمتعاقد الآخر حسن النية أن يطالبه بالتعويض ـ وخير تعويض يمكن ان يصار اليه في هذه الحالة هو إستبقاء العقد صحيحاً ونافذاً، وهذا ما صرحت به بعض القوانين الوضعية ومن بينها قانون الالتزامات السويسري في المادة ٢٩ منه.

٢ـ كما لا يشترط من جهة ثانية لكي يتحقق الإكراه وما يترتب عليه من قابلية العقد للإبطال : أن يلحق التهديد بالخطر المتعاقد نفسه الذي استولت

عليه الرهبة، وإنمايجوز كذلك أن يلحق هذا التهديد أي شخص آخر تربطه به وشائج القربي أو مشاعر المحبة .

٣ـ وهكذا لا يشترط من جهة ثالثة : أن يقع التهديد على النفس ذاتها وإنما يجوز أن يتناول هذا التهديد أو الوعيد المال أو العرض أو الشرف أو أياً من المجالات الأخري التي تؤثر على الشخص فتحمله على التعاقد.. وبهذا صرحت المادة ٢/١٥٦ من القانون المدني الكويتي :« وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد، إذا وجهت وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذيً جسيم يتهدده، أو يتصور أنه يتهدده هو أو أحدا من الغير في النفس أو العرض أو الشرف أو المال».

ثانيا ـ الإكراه في الفقه الإسلامي :

عني الفقهاء المسلمون كثيراً بموضوع الإكراه كعنصر من عناصر التأثير على الإرادة بشكل جعل بعضهم يفرد لأحكام الإكراه كتاباً مستقلاً في نطاق الفقه، جمع فيه كل ما يتصل بالإكراه من مسائل متناثرة، وهذا ما لوحظ بوجه خاص في منهجية الأحناف التي أشار إليها الكثيرون، وكذلك في منهجية صاحب (المحلى) من الظاهرية الذي وضع للإكراه كتاباً خاصاً استهله بتقسيم الإكراه إلى إكراه(بالقول) وآخر (بالفعل) وحكم بالنسبة إلى القسم الأول أن الإكراه لا يلزم صاحبه ما دام لم ينوه مختاراً له، في حين

فرق بالنسبة إلى القسم الثاني بين ما تبيحه الضرورة فأجازه دون أن يترتب عليه شيء، وبين ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح وإفساد المال، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان..

أ ـ حكم الإكراه :

يفرق البعض من الفقهاء المسلمين ـ وبوجه خاص فقهاء الأحناف كما ألمحنا إلى ذلك من قبل ـ بين نوعين من الإكراه :

(١) إكراه ملجىء يعدم الرضا ويفسد الاختيار .

(٢) وإكراه غير ملجىء يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار.

ويرجع هذا التمييز بين النوعين من حيث الحكم إلى نوعية الخطر الذي يتهدد الطرف المكره، فإذا كان هذا الخطر من الجسامة بحيث يمكن أن يؤدي إلى إتلاف خطير في المال، أو إزهاق الروح أو تعطيل عضو في الإنسان عن أداء وظيفته فالإكراه يكون ملجئاً وبالتالي يكون مؤثراً على الإرادة والاختيار معاً.. أما إذا كان الخطر ليس بهذه المثابة من الجسامة كالحبس أو القيد أو إتلاف مال زهيد فالإكراه يكون غير ملجىء وبالتالي لا يؤدي إلى إفساد الاختيار وإن أدي إلى انعدام التراضي.

وقد تأثر بهذا الرأي في كل ما ينطوي عليه من أحكام وشروط، كل من مجلة الأحكام العدلية التي صاغت هذه الفكرة في المادة (٩٤٩)، ومرشد الحيران في المادة (١٨٦) ـ وكذلك القانون المدني الأردني في المادة (١٣٦)

منه، والقـــانون المدني العـــراقي في المادة (١١٢ف٢) الذي أورد نفس النصوص المذكورة بقوله ـ بعد أن أتي على تعريف الإكراه ـ :«ويكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال، ويكون غير ملجىء اذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس.. »

بيد أنه من الواضح أن فائدة هذا التقسيم للإكراه لا تظهر إلا في نطاق التصرفات الفعلية كما لاحظنا مثل التهديد بالقتل أو الإتلاف أو التعطيل لعضو، وهذا لا صلة له بموضوعنا الذي خصصناه لنظرية العقد.. وحدها

أما ما يقع من ذلك في نطاق التصرفات القولية فيستوي الحكم فيها دون ما فرق بين نوع وآخر من أنواع الإكراه، حيث تعتبر العقود القائمة على هذه التصرفات باطلة وغير منتجة لآثارها، وذلك في رأي جمهور الفقهاء، بمن فيهم فقهاء الأحناف أنفسهم، حيث صرح صاحب البدائع بقوله :«يستوي أيضا في باب البيع والشراء الإكراه التام والناقص لأن كل ذلك يفوت الرضا».. ويقصد بالإكراه التام : الإكراه الملجىء، وبالناقص غير : الملجىء.

وعليه لا نري أن القانون المدني العراقي كان موفقا في التمييز بين نوعي الإكراه المذكورين في الوقت الذي نص فيه على عدم نفاذ العقد الناشىء عن الإكراه فيها جميعا بل يمكن الإفادة من تقسيمة المذكور لو كان يعرض لموضوع التصرفات الفعلية وليس العقدية.

ب ـ شروط الإكراه :

وضع الفقهاء لتحقق الإكراه كعيب من عيوب الإرادة عدداً من الشروط الأساسية التي أتت على ذكرها بعض التقنينات الشرعية الإسلامية وبعض شراحها وهي تلتقي في جملتها مع الشروط التي سبق أن أشرنا إليها كرأي للقانون، ونحن نوجزها بما يلي :

١ـ قدرة الشخص المكره على تنفيذ ما توعد أو هدد به، فالذي يهدد بشيء ولا يكون قادراً على فعله لا يعتبر تهديده موثراً على الارادة كمن يهدد شخصاً بالحبس أو بالضرب وهو غير قادر على ذلك.

٢ـ استيلاء الرهبة على نفس المكره.. بحيث يغلب على ظنه أن المكرِه كان جاداً في تحقيق ما هدد به في حالة امتناعه.

٣ـ الاعتقاد بأن قيام المكَره على تنفيذ ما هو مطلوب منه كان تحت عامل الإكراه وحده، بحيث يفترض أنه لولا وقوع هذا الإكراه عليه لامتنع عن تنفيذ ما هدد به.

٤ـ عدم مشروعية الأمر المطلوب تنفيذه في التعاقد، وإلا فلا يتحقق الإكراه كعيب في الإرادة، كمن يكره زوجته على إطاعة أوامره المشروعة، أو من يكره شخصا على تسديد ما بذمته له من حقوق.

الفرع الثالث

التدليس أو التغرير المقترن بالغبن

تتفق غالبية التقنينات الوضعية المعاصرة على جعل التدليس عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة كما هو الحال بالنسبة إلى عنصري الغلط والإكراه المتقدم بيانهما، فالتدليس يكفي وحده سبباً لإبطال العقد طالما كان هو الدافع إلى التعاقد، ولكن بعض التقنينات الأخري كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني ألزمت أن يكون التدليس (أو التغرير) مقترناً بالغبن، ليكونا معا - إذا اجتمعا - عيباً في الإرادة، فالتغرير إذا لم ينشأ عنه غبن، أو الغبن إذا لم ينشأ عن تغرير فلا نكون بصدد عيب في الإرادة، وذلك تبعاً للفقه الإسلامي في بعض اتجاهاته.

وقبل أن نعرض لشرائط وحكم هذا التدليس علينا أن نعرض لبيان ماهيته وما يتصل به من المصطلحات المشابهة:

- ماهية التدليس :

التدليس هو نوعٍ من الخديعة التي تؤدي إلى وقوع المتعاقد في وهم أو غلط يحمله على التعاقد، بحيث تعطيه انطباعاً واعتقاداً بأنه قد أخذ الشيء بقيمته أو صفته الحقيقية مع أنه ليس كذلك.

كما لو أوهم شخص آخر يريد استئجار منزل - بموجب ما عرض له من مخططات - أن هذا المنزل يقع في منطقة معمورة تتوافر فيها سائر الخدمات والمنافع العامة من ماء وإنارة وهاتف وطرق معبدة، ونحوها، مع أنه ليس

كذلك.

ـ التغرير :

ولا يختلف التغرير عن التدليس في معناه الاصطلاحي المذكور، وإن اختلفا بعض الشيء في المدلول اللغوي لو تحرينا الدقة اللفظية، فالتغرير كالتدليس هو عبارة عن نوع من الخديعة أو التضليل الذي يوقع المتعاقد في وهم يدفعه إلى التعاقد، ولذا أطلق بعض فقهاء الشافعية والحنابلة كلمة التدليس على التغرير، وأسموا حق الخيار فيه بخيار التدليس.

ـ الخداع والخلابة :

بل إن ذلك المعني للتدليس يمكن أن يفسر به كل من الخداع والخلابة أيضاً، فالمعروف أن قانون الموجبات والعقود اللبناني قد استعاض عن كلمة التدليس بالخداع باعتبارها أكثر دلالة على المفهوم القانوني المراد من كلمة LEDOL في أصلها الفرنسي، وأيد هذا التفسير البعض من الباحثين بقوله: «إن التدليس أمر يدل على الكتمان في حين أن الخداع يدل على الإيهام والتضليل، والكتمان هو إحدى طرق التدليس وحالة من حالاته».

وفي مقابل ذلك فإن الأحاديث النبوية الشريفة تحفل فيما يبدو بالتعبير عن (الخلابة) كمصطلح مناظر للتدليس، ومن ذلك ما ورد بقوله عليه الصلاة والسلام :«بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم» وقوله :«إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام» أي لا تدليس.

وعليه يمكن أن نعتبر المصطلحات المذكورة جميعها مسميات متعددة

لمفهوم واحد.. ذلك هو التضليل أو التمويه الذي يؤدي إلى ايقاع الشخص في غلط أو وهم يدفعه إلى التعاقد..

الغلط والتدليس :

ثم إنه بالنظر لما بين (التدليس) في تعريفه المذكور وبين (الغلط) من تداخل، باعتبار أن الغلط كما لاحظناه في هذا التعريف هو من نتائج التدليس وأثر من اثاره، فقد ذهب أصحاب النظرية الحديثة في الغلط السابق ذكرها إلى القول بامكانية الاستغناء عن التدليس كعيب في الإرادة والاكتفاء بنظرية الغلط، من حيث إن كل ما يبطل من العقود بالتدليس يمكن ابطاله للغلط أيضا، خلافاً لرأي غيرهم من أصحاب النظرية التقليدية في الغلط.

ولعله لهذا السبب اغفلت بعض القوانين المدنية الحديثة كالقانونين النمساوي والبرتغالي اعتبار التدليس من جملة عيوب الإرادة، ولأجل هذا كان من المفروض أيضا على القوانين الأخري التي تتبني النظرية الحديثة في الغلط كالقانون المدني المصري ونظائره أن تغفل البحث في التدليس كعيب في الإرادة إلى جانب عنصر الغلط.

هذا وبالنظر للتجانس الذي لاحظناه بين مصطلحي التدليس والتغرير ثم بالنظر للتقارب والتقارن الحاصل في شرائط كل منهما لدي فقهاء القانون والتشريع الإسلامي، رأينا أن نوحد الحديث في شروطهما ضمن مبحث واحد،

ثم نعقبه بمبحث آخر يتعلق بعنصر (الغبن) باعتباره من لوازم التدليس في فقه الشريعة كما سنري، وعليه فالموضوع سوف ينعقد في مبحثين على النحو التالي :

أولا ـ شرائط التدليس أو التغرير :

ينص القانون المصري في المادة ١٢٥ والقوانين المستمدة منه على ما يلي:

١ـ يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد٢ ـ ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

وبنحو قريب من ذلك نص كل من القانون المدني العراقي في المادتين ١٢١ ١٢٣ ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٢٠٨، كما نص بهذا النحو القانون المدني الفرنسي في المادة ١/١١١٦ بقوله :«التدليس موجب لبطلان العقد إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين بحيث يكون من الواضح أنه لولاها لما رضي المتعاقد الآخر»

وفي ضوء هذه النصوص ونحوها، يمكن أن نستخلص للتدليس أو التغرير الشرائط الثلاثة التالية :

١ـ استعمال طرق احتيالية.

٢ـ صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه.

٣- كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

ولكننا حيث نري - تبعاً لبعض الاتجاهات الفقهية الإسلامية والقانونية - أنه لا فرق في صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو من غيرهما لجعله عيباً في الإرادة، فلا تبقي فائدة أو أهمية حينئذ لجعل التدليس الصادر من أحد المتعاقدين شرطاً لتحقق موضوع التدليس، غير أنه يمكن استبدال هذا الشرط بشرط آخر، وهو وجود (غرض غير مشروع)، فمن المعلوم أنه إذا كان الغرض من وراء عملية التدليس مشروعا، فلا يتحقق التدليس كعيب في الإرادة، وعليه تظل الشروط اللازم توافرها في تحقق التدليس شروطا ثلاثة، أمكن استخلاصها من النصوص القانونية ومن بعض الاتجاهات الفقهية بما فيها شرط(الغرض غير المشروع) وسنبحثها تباعاً كما يلي :

الشرط الأول - استعمال طرق احتيالية :

لا بد لكي يتحقق التدليس كعيب في الإرادة من استعمال إحدي الطرق الاحتيالية، وهذه الطرق قد تكون على شكل بيانات مجردة كاذبة، وهي التي تسمي اصطلاحا (بالتغرير القولي)، أو على شكل أعمال مادية وهي المسماة (بالتغرير الفعلي)، كما يمكن أن تكون على شكل تدليس سلبي يتمثل بالكتمان، والأمثلة على ذلك كثيرة تزخر بها حياتنا العملية.

ومن هذه الأمثلة التي تنطبق على الصورة الأولي وهي (التغرير القولي) ما لو قدّم من يطلب التوظف في دائرة معينة معلومات كاذبة عن حقيقة

مؤهلاته لشغل هذه الوظيفة، وما لو أعطي طالب التأمين على الحياة بيانات كاذبة عن حالته الصحية مما يمكن أن يزيد أو ينقص في تبعات شركة التأمين.. ومن هذا القبيل أيضًا ما يقدمه المتعامل في بعض (بيوع الأمانة) كالتولية والوضيعة والمرابحة والمشاركة من بيانات كاذبة عن حقيقة كلفة السلعة فيها، علما بأن هذه البيوع تقوم أساساً على صحة البيانات التي يقدمها صاحب السلعة.

أما من بين الأمثلة التي تنطبق على الصورة الثانية وهي (التغرير الفعلى) أو التدليس المادي المقترن بتصرفات خارجية : ما لو أقدم المتعاقد على تزوير بعض المستندات أو الوثائق لحمل الطرف الآخر على الارتباط بعقد على النحو الذي يريده المدلس. ومثله ما لو أقدم البائع على طلاء السيارة لإخفاء ما بها من عيوب أو صدمات تؤثر على قيمتها الحقيقية..

ومن المسائل السارية في الكتب الفقهية والتي تنطبق على الصورة المذكورة مسألة تصرية الناقة والشاة.. أي ربط ضرعها ليبين ممتلئاً أو حافلاً باللبن. مما يوحي بارتفاع قيمتها. ومسألة المحسنات التي تجري للجارية لغرض تضليل الراغب فيها عن واقعها الجمالي.

كذلك فإن للتدليس السلبي المتمثل بالكتمان أمثلة تزخر بها الحياة العملية، ومن ذلك كتمان القرار الصادر بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة تسهيلاً لأمر بيعه، أو كتمان صدور الحكم بالحجر على مفلس لغرض تسهيل بيع صفقة يشترك بها الغرماء، وقد حرص القانون الوضعي في النص

المذكور أنفاً على بيان هذه الصورة بقوله: «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»

الشرط الثاني : غرض غير مشروع :

لا يكفي لاعتبار التدليس عيباً في الإرادة مجرد اللجوء إلى طريقة من الطرق الاحتيالية التي مر بيانها وإنما لا بد أن يصدر ذلك عن غرض غير مشروع يهدف إلى تحقيقه المدلس.

ونحن إنما اعتبرنا ذلك شرطاً من شروط تحقق التدليس خلافاً لبعض فقهاء القانون، فلاننا نري أن الشروط الأخري بما فيها الشرط الأول لا تغني عن شرطية الغرض غير المشروع أو ما نسميه بالعنصر المعنوي، فقد تتوافر الطريقة الاحتيالية في عقد وتتوافر معها نية التضليل والتمويه لدي المتعاقد، كما قد يكون ذلك في نفس الوقت هو الدافع إلى التعاقد، ولكن مع ذلك يمكن أن يظل العقد صحيحاً ومنتجاً لاثاره طالما كان الغرض من وراء هذه العملية مشروعاً، كالدائن يلجأ إلى خديعة مدينه المنكر أو المماطل لغرض حمله على التعاقد ضماناً لحق ثابت للدائن عليه، أو كالمودع يستعمل طرقًا احتيالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين.

وهذا الشرط وإن لم يرد بشأنه نص صريح بيد أننا استظهرناه من فحوى النصوص، مضافاً إلى انطباق القواعد العامة عليه، وفضلاً عن تأييد

بعض فقهاء القانون لذلك.

الشرط الثالث : كون التدليس هو الدافع الى التعاقد :

بالإضافة إلى ذلك، فإن التدليس في العقد لا يعتبر متحققاً وبالتالي قابلاً لإبطال التعاقد إلاإذا كان هو الدافع إلى التعاقد، بحيث إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالواقعة أو الملابسة التي أدت اليه. فالتدليس أيا كانت طبيعته أو حجمه لا عبرة به إذا لم يكن هو الذي حمل المتعاقد على ابرام العقد.

على أن اعتبار هذا التدليس هو الدافع أو غير الدافع إلى التعاقد، وبيان مدي تأثيره وجسامته، أمر يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع، الذي يستعين بحالة المتعاقد النفسية وبطبيعة الظروف والملابسات التي تحيط به..

هذا ويمكن وصف التدليس الدافع إلى التعاقد (بالتدليس الأصلي) في حين يمكن وصف التدليس الأخر الذي لا يدفع إلى التعاقد (بالتدليس العارض) كمن يبرز عقودايجار صورية ليوهم الراغب في شراء عقار أن ربع هذا العقار مرتفع.. فيدفع فيه ثمناً مرتفعاً، فهذا النحو من التدليس لا يؤثر على العقد بالبطلان لأنه لا يعتبر السبب الرئيسي والأصلي للتعاقد وان قيل بإلزام المدلس بالتعويض اذا ما تسبب في الحاق أضرار بالمدلس عليه.

ويمكن أن يستفاد هذا الحكم من معظم التشريعات الوضعية كالقانون المدني الفرنسي (المادة١١١٦) والقانون المدني المصري (المادة ١٢٥)

والقوانين المستمدة منه، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة٢٠٨) والتونسي (المادة٥٦) والمغربي (المادة ٢٥٢) ولعل هذه القوانين الثلاثة الأخيرة كانت أكثر وضوحاً حين نصت على أن حق المدلس عليه في (التدليس العرقي) يقتصر على التعويض.

التدليس الصادر من أجنبي :

اشترطت بعض القوانين الوضعية وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي (المادة١١١٦/١) لتحقق التدليس كعيب في الإرادة أن تكون وسيلة التدليس صادرة من أحد أطراف التعاقد. إذ لا عبرة عندهم بالتدليس الصادر من شخص ثالث ليس طرفا في العقد، خلافاً لما لاحظناه في موضوع الإكراه الذي لم يفرق بين صدوره من المتعاقد أو غيره للاخلال بالارادة، ولكننا لا نري أن هناك مبرراً معقولاً للتفرقة في حكم التدليس المذكور، فالتدليس يعيب الرضا سواء صدر ممن له علاقة مباشرة بالعقد أو ممن ليست له مثل هذه العلاقة.

ومن هنا حاولت بعض التقنينات الأخري ومن بينها التقنينات العربية أن تسد النقص المذكور، فنصت على عدم الفرق بين الوسيلة التدليسية الصادرة من أحد المتعاقدين أو من غيرهما ولكنها في ذات الوقت شرطت أن يثبت المدلس عليه ان المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وهذا ما صرحت به المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري

والقوانين المنبثقة عنه كما صرحت بنحوه المادة ٢٠٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١٢٢ من القانون المدني العراقي والمادة ١٥٣ من القانون المدني الكويتي.. وهذه القوانين الأخيرة قد تأثرت فيما يبدو ببعض آراء الفقهاء الفرنسيين أمثال بودري وبارد، الذين صرحوا بأن التدليس إذا كان صادراً من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان في استطاعته أن يعلم به ولو لم يعلم به فعلاً، فان ذلك يكفي لاعتبار الآخر مشتركاً فيه.

بيد اننا نرى أنه لا داعي لتلك القيود أيضاً في التدليس الصادر من الغير، فالحيل التدليسية على نحو العموم، أي سواء كانت صادرة من أحد المتعاقدين ضد الآخر أو من طرف أجنبي ثالث، لا بد أن تؤثر على العقد بالخلل، بناء على ما يسببه ذلك من ضرر وضيق بالنسبة للمدلس عليه وان لم يكن المتعاقد الآخر على علم بما صدر عن الغير وبناء على أن التدليس مما يعيب الإرادة في الأصل وهذا الرأي منبثق مما جاء في بعض الاتجاهات الفقهية.

جزاء أو حكم التدليس :

يتمثل جزاء التدليس في الفقه الإسلامي بإعطاء حق الخيار للشخص المدلس عليه بين الرد والامساك بلا أرش، وبهذا صرحت بعض المصادر الفقهية ومن بينها مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل (المادة ٤١٧).

أما في التشريعات الوضعية، فقد صرحت بعض القوانين بترتيب البطلان النسبي على التدليس (المادة١١١٧) من القانون المدني الفرنسي، حيث أجيز للمدلس عليه طلب إبطال العقد، إذا نشأ من التدليس ضرر معين.

وقريب من هذا صرحت بعض قوانين البلاد العربية التي أشرنا إلى نصوصها وحكمها من التدليس آنفاً.

ثانيا ـ الغبن الناشىء عن تدليس في الفقه الإسلامي:

يعرف بعض الفقهاء المسلمين الغبن بأنه عبارة عن (تمليك مال أو تملكه بما يزيد على قيمته) أي بنحو يحصل فيه اختلال التعادل بين ما يأخذ الإنسان وما يعطيه، فهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطي من حيث القيمة السوقية، ومغبون إذا أعطي أكثر مما أخذ.

والغبن بهذا المعني يمكن أن يتسع لصورتي الغبن الفاحش والغبن اليسير، ذلك أن اختلال التعادل مثلما يحصل في الغبن الفاحش يمكن أن يحصل في الغبن اليسير أيضاً ولكننا نري أن الغبن باعتباره عيباً في الإرادة لا ينطبق إلا على صورة الغبن الفاحش، لذلك نفضل أن نختار للغبن تعريفاً آخر وهو: «اختلال التعادل بصورة باهظة بين الالتزامات المتقابلة» أو بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه ـ على حد تعبير البعض من الباحثين.

والمعروف أن الغبن اليسير أمر لا يسع الناس تجنبه في المعاملات، كمن يبيع سلعة قيمتها مائة ريال بمائة ريال وريال واحد، أو بتسعة وتسعين،

حيث أجمع الفقهاء بصحة هذا النحو من التصرفات باعتبار أن اختلال التعادل فيها - حتى لو اعتبرناه غبنا- فإنه سهل الاحتمال ولهذا جرى التسامح فيه حتى لو نشأ عن تدليس.

أما الغبن في صورته الثانية وهو المسمي بالغبن الفاحش، كمن يبيع سلعة قيمتها ألف ريال بألف وخمسمائة أو بخمسمائة فقط، فقد ذهب جمع من الفقهاء ومنهم فقهاء المالكية والشافعية وبعض الأحناف إلى القول ببطلانه أو طلب التعويض، ولكنهم اشترطوا أن يكون ناشئا عن تدليس، هذا وليس هناك من معيار ثابت ومتفق عليه بين هؤلاء الفقهاء بصدد تحديد مقدار الغبن ليسمى غبناً فاحشاً حيث ذهب البعض، وكذلك مجلة الأحكام العدلية، إلى تحديده بنسب ثابتة تتراوح بين الثلث وربع العشر (٢.٥٪) فإذا زاد الثمن على هذا الحد أو نقص عنه فقد تحقق الغبن، في حين ذهب آخرون إلى تحديده بما لا يدخل في تقويم المقومين - من أهل الخبرة - فإذا دخل في تقويمهم فهو يسير لا فاحش.

وبناء على الحكم المذكور الذي ذهب إليه غالبية الفقهاء فإن الغبن لا يكون سببا للإبطال إذا لم يكن فاحشاً وناشئاص عن تدليس، خلافاً لفقهاء الحنابلة الذين تفردوا - فيما قيل بجواز الطعن في التصرفات القائمةعلى غبن فاحش وإن لم تنشأ عن تدليس، وأشاروا بصفة خاصة إلى البيوع الجارية في تلقي الركبان، والنجش، وبيع المسترسل وهي بيوع يكفي لابطالها مجرد وجود الغبن فيها وإن لم تنشأ عن تدليس.

ولكن هذا النحو من البيوع يمكن في رأينا الطعن فيها عن طريق فكرة الاستغلال الاتي بيانها وليس عن طريق فكرة الغبن، فالمتعاقد أما أن يكون قد استغل في ذلك سذاجة الطرف الآخر وعدم معرفته بوضع السوق، أو استغل غفلته أو عدم معرفته بطرق المساومة.

هذا وثمة حالات معينة حكم فيها الفقه والقانون الوضعي بالبطلان إذا صحبها غبن فاحش وإن لم يكن ناشئا عن تدليس، استثناء من الأصل المذكور القاضي بابطال التصرفات المالية الناشئة عن غبن مع تدليس، ومنها حالة التصرف بأموال الدولة أو بأموال الوقف، أو بمال اليتيم ومطلق المحجور عليهم.

ويعود السبب بإبطال العقد في هذه الحالات ـ حسبما يفيده أستاذنا المرحوم الخفيف ـ إلى «ان تصرف من له الولاية على هذه الأموال منوط بالنظر والمصلحة، وليس هذا التصرف من المصلحة في شيء ولذلك يقع باطلاً لأنه لا مجيز له عند مباشرته».

الفرع الرابع

الاستغلال المقترن بالغبن

تعريفات :

سبق أن عرفنا الغبن ـ كما مر في مبحث التدليس المقترن بالغبن ـ بأنه عبارة عن «اختلال التعادل بصورة باهظة بين الالتزامات المتقابلة» أو بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه.

أما المقصود بالاستغلال باعتباره عيبا في الإرادة فهو ـ كما نري ـ عبارة عن :«انتهاز نقطة ضعف مستولية على أحد أطراف التعاقد تحمله على إبرام

عقد لا تتناسب والتزاماته» ومن أمثلة ذلك الحاجة، والطيش، والهوي، وعدم الادراك.

ويقال للشخص الذي يتحين أو ينتهز شيئا من ذلك لتحقيق بعض مآربه :مستغل أو انتهازي، وان شاعت هذه التسمية الأخيرة بين أوساط المتعاملين بالسياسة، وكان لها مرتكز خاص لديهم.

اقتران الاستغلال بالغبن :

وكما لاحظنا من قبل في الفرع السابق وحسب رأي بعض الفقهاء : أن التغرير أو التدليس لا يوجب بطلان التصرفات إلا إذا نشأ عنه غبن، فإن الاستغلال كذلك لا يوجب البطلان إلا إذا اقترن به غبن أو حصل منه اختلال في التعادل بين الالتزامات، ولكن من وجهة النظر القانونية.

ولهذا فضلنا ـ خلافا لمعظم الباحثين ـ أن نجعل عنوان البحث منطويا على عنصرين هما : الغبن.. والاستغلال.

النصوص :

تنص معظم القوانين الوضعية على جعل الاستغلال مع الغبن إذا اجتمعا عيباً واحداً من عيوب الإرادة، ومن بينها : القوانين الجرمانية كالقانون الألماني في المادة (١٣٨ ف٢) والقانون السويسري في المادة ٢١ منه، وكذلك معظم القوانين في البلاد العربية كالقانون المدني المصري (المادة ١٢٩) والقوانين المستمدة منه، والقانون المدني العراقي (المادة ١٢٥)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني(المادة ١٣٨) والقانون المدني الكويتي في

المادة ١٥٩ .

ونختار من بين هذه النصوص لعرضه ومناقشته النص الكويتي باعتباره أحدثها نشوءا وأوسعها تطبيقاً.

.. يقول هذا النص الذي يحمل المادة ١٥٩ ما يلي :«إذا استغل شخص في آخر حاجة تلجئه أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند ابرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد».

ويلاحظ على هذا النص مضافاً إلى إسهامه في بيان موضوع الحكم : تزيده في بيان حالات الاستغلال التي إنهاها إلى ست حالات بما فيها حالة السطوة الأدبية، تأثراً فيما يبدو بالنص العراقي الذي انهاها إلى خمس حالات، وخلافا للنص المصري والنصوص المستمدة منه التي قصرتها على حالتين هما حالة الطيش وحالة الهوى.

ولكن هل جاءت هذه الحالات في النصوص المذكورة على سبيل المثال، أم على سبيل الحصر؟

الذي يبدو لي من فحوي النصوص لا من صريحها، أنها جاءت على

سبيل المثال وليس على سبيل الحصر والتحديد، لأن حالات الاستغلال في الواقع هي أوسع بكثير مما أتت على ذكره هذه النصوص، ولهذا جاء الاختلاف واسعا بينها في بيان حالات الاستغلال.

وعليه كان الأولي أن تصاغ «نظرية الاستغلال» هذه صياغة موضوعية، وعلى شكل معيار عام، يمكن أن تنطوي تحت تلك الحالات وغيرها من الحالات التي يتمثل فيها عنصر الاستغلال، ومن غير حاجة إلى النص عليها أو حصرها في صور معينة.

ثم إنه بالرجوع إلى النص المذكور والنصوص المناظرة له يمكن أن نستخلص للاستغلال كعيب في الإرادة.

شروطا متعددة... مضافاً إلى الجزاء الذي يترتب عليه.

وهذا ما سنراه مفصلا في الموضوعين التاليين :

أولا ـ عناصر أو شروط الاستغلال :

لا يصح اعتبار الاستغلال مخلاً بالإرادة من الناحية القانونية إلا إذا قام على وجود عنصرين أو شرطين هما :

أ- العنصر المادي : ويعبر هذا العنصر عن حالة (الغبن) التي تنشأ عن الاستغلال، وهي الحالة التي قلنا أنها تتمثل باختلال التعادل بين الالتزامات الناشئة عن عملية التعاقد اختلالاً باهظاً، أما إذا حصل في هذا التعاقد اختلال غير باهظ أو بالأحري غبن يسير فالاستغلال لا يعتبر متحققاً، كما لا يترتب عليه بالتالي بطلان التعاقد، كمن يشتري سلعة قيمتها مائة ريال

بمائة وواحد، فهذا لا يعتبر غبناً كما لا يعتبر استغلالاً.

على أن فكرة الاستغلال بحالتها أو عنصرها المذكور لا تتحقق إلا في عقود المعاوضات، لأنها هي التي يمكن أن يحصل فيها التغابن ، خلافا للعقود الاحتمالية التي تقوم أساسا على الغبن الاحتمالي الذي لا بد أن يتحمله أحد أطراف التعاقد، مثل عقد التأمين، وعقد بيع الثمار قبل نضوجها، وخلافا لعقود التبرع أيضا، ومن باب أولى، لأن هذه العقود تقوم على أساس أن المتبرع لا يأخذ شيئا مقابل ما أعطى ، ولهذا أغفلت ذكرها في هذا المجال معظم التقنينات التي أشرنا إليها آنفا، وان كان القانون الكويتي ومثله اللبناني قد صرحا بامكانية شمول فكرة الاستغلال عن غبن لعقود التبرع كمن يستغل عاطفة شخص أو هواه لغرض التنازل عن حقوقه في بعض الأشياء إذ يفترض في هذه الحالة حصول الغبن وان لم يكن حاصلا بالمعنى الدقيق، تقول المادة ١٦٠ من القانون الكويتي :«في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال، يكون للقاضي، بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو ينقص قدر المال المتبرع به، وفقا لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية.

بل قيل إنه يمكن استخلاص هذا الحكم من بعض النصوص القانونية المذكورة وإن لم يجر التصريح به تصريحا واضحاً.

ب ـ العنصر النفسي :

ويتمثل هذا العنصر باستغلال أحد أطراف التعاقد نقطة من نقاط الضعف المستولية على الطرف الآخر، والتي أشرنا إليها آنفا، لغرض حملة على التعاقد بصورة غير متعادلة، وقد قلنا إن هذا النحو من نقاط الضعف جاءت في النصوص المذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ولذا يمكن أن يتمثل هذا العنصر النفسي بأية نقطة أو حالة أخرى يمكن استغلالها للتأثير على الإرادة وإن لم تكن مذكورة في النصوص.

هذا ويمكن معرفة مدلول هذه الحالات وتحديد معناها من الناحية اللفظية بالرجوع إلى معاجم اللغة فهي كفيلة بتحديدها، أما معرفة مدى فاعليتها وتأثيرها على الإرادة فيمكن الرجوع فيها إلى المحكمة المختصة، لأنها مسألة وقائع، لذلك قيل إن المعيار هنا معيار نفسي، يستظهره القاضي من ظروف الموضوع وملابساته.

ثانيا : جزاء الاستغلال أو حكمه :

جزاء للاستغلال الذي لجأ إليه المتعاقد، فقد أعطي القانون الطرف المستغل الحق في طلب إبطال العقد أو طلب إصلاح الاختلال بين الالتزامات الناشئة عنه، وذلك بأن ينقص القاضي من التزاماته أو يزيد في التزامات الطرف الآخر وفقا لمقتضيات العدالة ومراعاة لظروف الحال.

وهذا ما أخذت به معظم القوانين الحديثة المشار إليها آنفا، وإن كان النص العراقي قد قصر حق المغبون في عقود المعاوضات بطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، وفي التبرعات بطلب نقضه (المادة ١٢٥) . كما أن

قانون الموجبات اللبناني قد حصر حق المغبون في عقود المعاوضات بطلب الابطال إذا كان ناشئا عن استغلال.

المهلة الممنوحة للطرف المغبون : هذا وقد حددت بعض النصوص القانونية المذكورة دعوى الاستغلال بطلب ابطال العقد أو تعديل التزاماته بسنة واحدة تبدأ من حين إبرام العقد، وتعتبر هذه المهلة مهلة سقوط لا مهلة تقادم، وذلك لغرض ابقاء المهلة سارية المفعول، دون أن تقف أو تنقطع.

الاستغلال في الفقه الإسلامي :

بالرغم مما قيل إن الاستغلال كعيب في الإرادة هو في الأصل فكرة قانونية محدثة، حيث نصت على حكمه وشروطه معظم التقنينات الوضعية الحديثة بما فيها التقنينات العربية التي أشرنا إليها آنفاً، إلا أننا لاحظنا أن هذه الفكرة يمكن استنتاجها من بعض الأحكام الفقهية الواردة بهذا الصدد، ومن ذلك الحكم الفقهي ببطلان بيع متلقي الركبان، فالبيع الذي يقوم في هذا المال لا يقصد به سوى استغلال حالة ضعف من الحالات التي مر علينا بيانها كضعف إدراك الطرف المستغل أو جهله وعدم خبرته بالسوق، ومن هنا اعتبرنا أن الحكم في هذه الصورة ألصق بفكرة الاستغلال منه بفكرة التدليس.

ولكن العقد في هذه الصورة لا يعتبر باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا نشأ عنه غبن فاحش.. تقول المادة (٤٠٨) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل وهو المذهب الرسمي للدولة السعودية :« يثبت

خيار الغبن للركبان إذا تلقاهم حاضر فباع أو اشتري بغبن فاحش». وواضح أن هذا الحكم ونحوه يستند إلى الحديث الشريف المروي بهذا الصدد وهو قوله عليه الصلاة والسلام:« لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد ».

ومما يمكن أن ينطبق من المسائل أيضا على فكرة الاستغلال : مسألة بيع المضطر وشرائه والتي جاء تفصيلها في عدد من المصادر الفقهية فإن المضطر الذي يبيع سلعته بسعر أقل من سعرها الحقيقي إنما هو واقع تحت ضغط الحاجة التي هي حالة من حالات الاستغلال.

كذلك يمكن انطباق مسألة بيع الاسترسال على فكرة الاستغلال، لأن هذا النوع من البيوع إنما يقوم في الأصل على عدم خبرة أو دراية الطرف المستغل، فإذا عرض من كان غير متمتع بالخبرة والدراية على آخر بيع سلعته على أساس سعر السوق - وهو المقصود ببيع الاسترسال فإن الطرف الآخر المطلع على حالة السوق إذا لجأ إلى الكذب فحمل البايع الذي يجهل القيمة على التعاقد فإن كذبه وحده يمكن اعتباره تدليساً مثلما يمكن اعتباره إستغلالاً لعدم دراية الطرف المستغل وهذا يوجب شرعاً خيار الرد ولهذا نصت المادة ٤٠٩ من مجلة الأحكام الشرعية المذكورة بقولها :«يثبت خيار الغبن للمسترسل الذي يجهل القيمة ولا يحسن المماسكة سواء كان بائعاً أو مشترياً».

المبحث الرابع
بعض صور التراض
المطلب الأول
النيـابة في التعاقد

يعرف الفقه عادة النيابة بأنها أبرام شخص يسمي النائب عملا قانونياً لحساب شخص آخر يسمي الآصيل على أن تنصرف الى هذا الأخير كافة آثار هذا التصرف.

وقد يستمد النائب سلطته من الأصيل مباشرة وتكون النيابة عندئذ اتفاقية ويحدد الاتفاق المبرم بين النائب والأصيل سلطات النائب وحدود نيابته. وقد يستمد النائب سلطته من القانون وتكون النيابة عندئذ قانونية. ومثال ذلك الولي والوصي والقيم والسنديك.

وسوف نبدأ الآن بدراسة شروط النيابة، ثم نلي ذلك بدراسة آثارها، وأخيرا بعض الصور الخاصة للنيابة.

اولا - شروط النيابة :

يمكن اجمال شروط النيابة في ثلاثة :

أولا ـ حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل.

ثانيا ـ أن يتم التعامل باسم الاصيل لا باسم النائب.

ثالثاـ أن يتعامل النائب في حدود نيابته.

الشرط الأول ـ حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل :

لا شك أن النائب أنما يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل، فالنائب ليس وسيطا بين المتعاقد معه والأصيل. وفي هذا الخصوص يختلف النائب عن الرسول. فاذا كان الرسول يقتصر دوره على نقل ارادة الأصيل الى الغير ومن ثم فأنه لا يعتد بارادته هو، إلا أن النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل وفقا لما أسلفنا. وترتيبا على ذلك نقول أنه فيما يتعلق بعيوب الارادة فإنه ينظر إلى ارادة النائب لا إلى ارادة الأصيل. فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للبطلان. ولا محل للبحث فيما اذا كان العيب ذاته قد شاب ارادة الأصيل. فإذا تعاقد النائب مع مدين معسر، جاز لدائني هذا المدين الطعن في هذا التصرف عن طريق الدعوى البوليصية متى كان النائب على علم بإعسار المدين حتى ولو كان الأصيل حسن النية.

ويلاحظ أن الاعتداد فقط بارادة النائب ليس مطلقا. ذلك لأن ارادة الأصيل قد تكون هي الموجهة لارادة النائب، وعندئذ يجب الاعتداد بارادة الأصيل بالقدر الذي تكون قد ساهمت به في توجيه ارادة النائب، ومع ذلك فإذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أن كان من المفروض حتما أن يعلمها ، فإذا كان الأصيل قد وجه لنائبه تعليمات بأن يتعاقد مع شخص معين يعلم هو أنه معسر بقصد الاضرار بدائنيه، جاز لدائني هذا المدين (المتعاقد مع النائب) الطعن في هذا التصرف عن طريق

الدعوى البوليصية حتى ولو كان النائب حسن النية وكذلك فإنه إذا كان الأصيل قد وجه لنائبه تعليمات بشراء شيء معين يعلم أن به عيباً خفياً، فلا يكون لهذا الأصيل بعد ذلك الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية حتى ولو كان النائب يجهل وجود هذا العيب.

ومع أن الارادة التي يعتد بها هي ارادة النائب، إلا أن آثار التصرف الذي يبرمه النائب لا تنصرف اليه بل تنصرف الى الأصيل مباشرة. ومن ثم فإنه لا يشترط أن يتوافر في النائب الأهلية اللازمة للعقد الذي يتولى ابرامه، في حين أنه يشترط أهلية التمييزلديه، وذلك لأن العقد ينعقد بارادته.

الشرط الثاني - يجب أن يتم التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب :

فالنائب لا يتعاقد مع الغير باسمه هو ولكنه يتعاقد مع الغير باسم الأصيل ولحساب الأصيل. ويجب أن يتوافر لدي النائب والغير نية توجيه آثار العقد الى الأصيل مباشرة. والصورة المثلي لذلك تكون عندما يعبر النائب صراحة وهو يبرم التصرف أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحساب الأصيل. بيد أن هذا الاعلان ليس شرطاً شكلياً لا تتم النيابة الا به، إذ يكفي أن تتوافر لدى النائب والمتعاقد معه نية إسناد آثار التصرف إلى ذمة الأصيل. ويكفي أن تكون صفة النائب واضحة من الظروف ولو لم يعلم بها المتعاقد الآخر فعلا متى كان باستطاعة المتعاقد العادي أن يعلم بوجودها أو متى كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة وتنصرف

أيضا آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة حتى ولو لم يعلن النائب أنه يتعاقد بصفته نائباً، وحتى اذا لم يكن المتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة، وذلك متي كان يستوي عند هذا الأخير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. ففي البيوع الفورية (في المحلات التجارية) يستوي لدى البائع أن يكون المشتري قد أراد الشراء لنفسه أو أن يكون نائبا عن غيره. فإذا ظهر بعد ذلك في المبيع عيب خفي كان للأصيل أن يرجع بدعوى ضمان العيوب الخفية على البائع، وليس لهذا الأخير أن يدفع هذه الدعوى بأنه لم يكن يعلم ولم يكن باستطاعته أن يعلم بوجود النيابة. وتقدير ما إذا كان يستوي لدي المتعاقد أن يتعاقد مع النائب أو مع الأصيل يعتبر من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع بغير رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض.

خلاصة القول أنه يجب أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحساب الأصيل. وقد يذكر النائب ذلك صراحة، وقد يستفاد ذلك ضمنا، وإلا أنصرفت آثار العقد الى عاقدية ولو أن أحدهما كان يعمل في الحقيقة لحساب شخص ثالث. ومثال ذلك أن يوكل شخص آخر في أن يبرم عقداً لحسابه ولكن دون ذكر اسمه في العقد، وهذا هو ما يسمى بالأسم المستعار. فأن الوكالة تكون عندئذ وكالة غير نيابية، وعلى من أبرم التصرف بعد ذلك أن يقوم بنقل ما اكتسبه من العقد الذي أبرمه الى الموكل، ويقوم الموكل بعد ذلك بتعويض الوكيل عما أنفقه في سبيل ابرام هذا التصرف.

الشرط الثالث ـ على النائب أن يتعاقد في حدود نيابته :

سواء أكانت النيابة قانونية أم اتفاقية، فأنه يجب على النائب ألا يتجاوز حدود نيابته. وإذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن التصرف الذي أبرمه لا يسري في حق الأصيل، ولا ينفذ في مواجهته. ولايسري هذا التصرف أيضا في حق النائب، ذلك لأنه قد تعاقد باسم الأصيل ولحسابه. ولما كان قوام العقد هو انصراف ارادة عاقديه إلى أحداث أثر قانوني معين، وكانت ارادة النائب والمتعاقد معه لم تتجه إلى انشاء أية حقوق أوالتزامات في ذمة النائب، فإن الذي يترتب على ذلك هو ألا ينتج التصرف الذي تجاوز فيه النائب حدود نيابته آثاره لا في مواجهة الأصيل ولا في مواجهة النائب.

ولا يعني ذلك أن يكون هذا التصرف باطلاً بطلانا مطلقا أو حتي قابلا للبطلان، ولكنه يكون موقوفا على اقرار الأصيل. فإن أقره نفذ في حقه وأنتج كافة آثاره لا من الوقت الذي صدر فيه الإقرار ولكن منذ الوقت الذي أبرم فيه هذا التصرف. وهذا هو ما يسمي بمبدأ الأثر الرجعي للاقرار، ولا يجب أن يترتب على تطبيق هذا المبدأ الاضرار بحقوق يكون قد تلقاها شخص آخر من الأصيل قبل هذا الا قرار. فاذا تصرف النائب بالبيع في منقول يملكه الأصيل متجاوزاً بذلك حدود نيابته، وقبل أن يقر الأصيل هذا البيع، باع هو الآخر المنقول إلى شخص من الغير، فإن اقرار الأصيل لا يجب أن يترتب عليه الاضرار بما يكون قد اكتسبه منه المشتري من حقوق.

وكما يكون إقرار الأصيل صريحا، فإنه يجوز أيضا أن يكون ضمنيا.

ويستفاد الإقرار الضمني بصفة خاصة من تنفيذ الأصيل للتصرف الذي تجاوز فيه النائب حدود نيابته.

وأما إذا لم يقر الأصيل هذا التصرف لا صراحة ولا ضمنا ، فانه لا ينفذ لا في حقه ولا في حق النائب وفقا لما أسلفنا. ولا يكون أمام المتعاقد مع النائب سوى الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، إلا إذا كان يعلم بمجاوزة النائب لحدود نيابته أو كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك.

والقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي أن العقد الذي يَبرمه النائب لا تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل إلا إذا تصرف الوكيل في الحدود المرسومة لوكالته، وأما إذا خرج عن هذه الحدود فإن هذا التصرف لا يلزم الأصيل إلا إذا أجاز العقد. أو ينقلب الوكيل فضوليا فيما جاوز فيه حدود الوكالة وبغير ذلك فإنه لا ينفذ في حق الأصيل، وإن جاز نفاذه ـ خلافا لما يذهب اليه فقهاء التشريعات الوضعية بالنسبة الى الوكيل وفي حقه. ولقد جاء في البدائع (الجزء السادس) في الفقه الحنفي إن التوكيل بالشراء إما أن يكون مطلقا أو مقيداً فإذا كان مطلقا أخذ على اطلاقه، وان كان مقيداً وجب على الوكيل ألا يخرج عن حدود وكالته وذلك سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف لا يلزم الشراء إلا إذا كان الخلاف لخير المؤكل. وجاء في المغني على مذهب الأمام أبن حنبل أن الوكيل في الشراء اذا خالف موكله فاشتري غير ما وكل في شرائه مثل ان يؤكله في شراء قطعة أرض فيشتري له منزلاً فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق

الأصيل، وان نفذ في حق النائب اذا كان قد اشتري المنزل بمال من ذمته.

ثانيا - النيابة الظاهرة :

قد يتجاوز النائب حدود نيابته، ومع ذلك تتصرف آثار التصرف الذي أبرمه إلى ذمة الأصيل مباشرة وبدون اقراره. ويحدث ذلك إذا كانت هناك ظروف من شأنها الايحاء بأن حدود النيابة أوسع من حقيقتها، ويكون ذلك اذا كانت - على سبيل المثال - عبارات التوكيل (سند النائب) غامضة ففسرها المتعاقد مع النائب بحسن نية على أنها تعطي للنائب الحق في ابرام تصرف معين، وأتت الحقيقة بعد ذلك مجافية لهذا، فعندئذ، حماية للأوضاع الظاهرة، وتطبيقا لمبدأ حسن النية الواجب توافره في المعاملات، يمكن القول بوجوب انصراف آثار هذا التصرف الى ذمة الأصيل دون توقف على اقراره.

وإذا أبرم النائب تصرفا باسم الأصيل ولحسابه وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان بحسن نية وقت ابرام هذا التصرف انقضاء النيابة فأن آثار هذا التصرف تنصرف إلى ذمة الأصيل. وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٧ مدني،مصري ونصها كالآتي :«اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه».

وقد تقوم النيابة الظاهرة غير مستندة إلى نيابة حقيقة ومثال ذلك أن يكون بيد هذا (النائب) مخالصة صادرة الدائن، ويوفي له المدين. ويكون

هذا الوفاء مبرئا لذمة المدين اذ يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن.

ثالثا - آثار النيابة :

يترتب على النيابة بصفة أساسية انصراف آثار التصرف الذي يبرمه النائب إلى الأصيل مباشرة ولا يرتب التصرف آثاراً في العلاقة بين النائب ومن تعاقد معه. ولا يكون للنائب مطالبة الغير بتنفيذ العقد الذي أبرمه معه باسمه ولحساب الأصيل . وأما إذا تجاوز النائب حدود نيابته ـ في غير الحالات التي توجد فيها نيابة ظاهرة ـ فلا تنصرف آثار هذا التصرف إلى ذمة الأصيل. ويجوز للمتعاقد مع النائب - مع ذلك - أن يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر من جراء اطمئنانه إلى تنفيذ هذا العقد. وتنبني مسئولية النائب هنا على قواعد المسئولية التقصيرية لا العقدية .

وأما عن العلاقة بين النائب والأصيل فيحددها الاتفاق المبرم بينهما إن كانت النيابة اتفاقية. وأما إن أ كانت قانونية فإن القانون هو الذي يرسم حدودها.

رابعا - صور خاصة من صور النيابة :(تعاقد الشخص مع نفسه)

نظم المشرع المصري النيابة بنصوص تشريعية عرضنا لها فيما سبق. فليس هناك من شك الآن حول جوازهاوليس هناك ما يمنع من الناحية الفنية ـ

مع التسليم بجواز النيابة ـ من أن يتعاقد الشخص مع نفسه، كأن يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل وأصيلا عن نفسه في نفس الوقت. ومثال ذلك أن يشتري شخص لنفسه ما هو موكل ببيعه. وقد يتعاقد شخص بصفته نائبا عن طرفي التعاقد معا. ومثال ذلك أن يكون (أ) نائبا عن (ب) في الشراء وفي ذات الوقت نائبا عن (ج) في البيع. فيشتري لـ (ب) ما هو موكل في بيعه. ورغم أن الذي تولي العقد شخصا واحدا، إلا أنه قد عبر عن ارادتين مختلفتين ومتميزتين ومتعارضتين. ويخشي تبعا لذلك أن يضحي باحدي المصلحتين لحساب الأخري، فلا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن «يجيز» التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفة مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة. فالأصل هو أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه وذلك سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر. ولا يقع مثل هذا التعاقد باطلا، ولكنه يتوقف على اقرار الأصيل، فان أقره نفذ في حقه، وإلا فأنه يكون غير نافذ في مواجهته. بيد أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، اذ يجوز للأصيل أن يأذن لنائبه في أن يتعاقد مع نفسه باسمه هو، ويسري هذا التصرف عندئذ في مواجهة الأصيل، وكذلك فقد يجيز القانون للنائب (الولي مثلا) في أن يتعاقد مع نفسه باسمه ولحساب القاصر وقد يقضي بذلك أيضا العرف التجاري.

وإذا كـان الأصـل في التـشـريعـات الوضـعيـة أنه لا يجـوز أن يتـعـاقـد الشخص مع نفسه وفقا لما سبق لنا أن أسلفنا، فان هذه هي القاعدة ايضاً في الفقه الإسلامي، ولتعاقد الشخص مع نفسه صورتان : ان يكون أصيلاً عن نفسه ونائبا عن الغير أو أن يكون نائباً عن الجانبين، فلا يجوز لمن وكل في البيع ان يشتري لنفسه ما هو مؤكل ببيعه، لأن ذلك يؤدي الى تعارض الأحكام اذ يكون الشخص طالباً ومطلوباً وخصماً ومخاصماً، واذا كان الشخص موكلا عن الجانبين، فلا يجوز له - وفقا لما يذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي ان يتعاقد مع نفسه بصفته وكيلاً عن الجانبين، وإن ذهب الحنابلة الى عكس ذلك. ومع ذلك فأنه يجوز استثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين:

- الحالة الأولي : أن يبع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ويجوز ذلك ولو بغبن يسير من الصغير أما اذا كان بغبن فاحش فلا يجوز . ولقد اجاز فقهاء المسلمين ذلك استحسانا لوفور شفقه الأب والجد فيفترض أنهما لن يقدما على ذلك إلا رعاية لمصلحة الصغير.

- الحالة الثانية : أن يبيع الوصي المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ولا يجوز ذلك إلا إذا كان فيه خير الصغير، وإن ذهب الحنابلة إلى خلاف ذلك لتعارض المصالح ولوجوب تعدد العاقد.

المطلب الثاني
الوعد بالتعاقد

اولا - التعريف به وشروطه

قد لا تتجه ارادة المتعاقدين إلى أبرام العقد «النهائي» في الحال، ولكنها تنصرف فقط إلى الوعد بابرامه مستقبلا. فالوعد بالتعاقد اذن هو عقد تمهيدي يسبق العقد النهائي المراد ابرامه. وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد وقد يكون ملزما لجانبين. وتظهر الحاجة العملية إلى الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد عندما لا يكون باستطاعة أحد المتعاقدين أن يبرم عقداً معيناً في الحال ولكنه راغب في ابرامه مستقبلا ويريد أن يتخذ الخطوات التي تمكنه من ذلك. ثم أنه يريد فضلا عن ذلك من الطرف الآخر أن يؤمن ابرام هذا العقد مستقبلا. ومثال ذلك أن ترغب جمعية تعاونية للاسكان في شراء قطعة أرض لتقيم عليها عددا من الوحدات السكنية لأعضائها. فاذا لم يكن لدي هذه الجمعية من النقود ما يكفي لشراء هذه الأرض الآن، ولكنها تود استطلاع رأي أعضائها، فإنها تشترط على مالك هذه الأرض أن يبيعها لها في خلال مدة معينة متي عبرت الجمعية في أثناء هذه المدة عن رغبتها في ذلك. ومثال ذلك أيضا مستأجر يقوم باصلاحات هامة في العين المؤجرة ويحصل قبل قيامه بها على وعد من المالك ببيع العين له اذا رغب في شرائها.

وأما عن الوعد الملزم لجانبين.فقد ثار البحث حول ما إذا كان يتصور

وجوده مستقلا عن العقد الموعود به. وذهب جانب من الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن الوعد بالتعاقد لا يكون الا ملزما لجانب واحد، وأما عن الوعد التبادلي الملزم لجانبين فهو ليس سوي العقد النهائي الموعود به . ولو وصفه المتعاقد خطأ وعدا بالتعاقد. ومثال ذلك أن يعد شخص آخر أن يبيعه هذا المنزل ان رغب الطرف الآخر في شرائه خلال مدة معينة، وفي ذات الوقت يعد «المشتري» بشرائه ان رغب الطرف الآخر «البائع» في بيعه في ذات المدة. فمثل هذا العقد ليس وعداً بالبيع وبالشراء ولكنه عقد البيع ذاته وان سماه المتعاقد خطأ «وعداً بالتعاقد».

بيد أنه يلاحظ أنه قد تعرض بعض الأحوال يرغب فيها كل من طرفي التعاقد في ابرام عقد معين، إلا أنهما لا يستطيعان ذلك الآن لقيام عقبة تحول دون ذلك. ورغبة منهما في بلوغ ما يصبوان اليه من هدف يرتبط كل منهما تجاه الآخر بابرام العقد النهائي (العقد الموعود به) عندما يعبر الطرف الآخر عن رغبته في ذلك. وقد لا يوجد هناك ما يمنع من انعقاد العقد في الحال، ولكن يكون للطرفين مصلحة في تأخير انعقاده، لا مجرد ارجاء آثاره فيتفقان على وعد ملزم للجانبين يتعهد فيه كل منهما قبل الآخر بابرام العقد في المستقبل.

شروط الوعد بالتعاقد :

يقصد بالوعد بالتعاقد التمهيد للعقد النهائي المراد ابرامه (العقد الموعود به) ومن ثم فأنه لا بد وأن يشتمل على كافة العناصر الجوهرية للعقد النهائي.

فالأتفاق الذي يعد بموجبه كلا العاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه «فإذا كان العقد المراد ابرامه بيعا وجب أن يتضمن الوعد بابرامه سواء أكان هذا الوعد ملزما لجانب واحد أم لجانبين بيانا بالمبيع والثمن، وان كان قرضا وجب الاتفاق فيه على مبلغ القرض.

ويجب فضلا عن ذلك أن يتوافر عند ابرام الوعد لدي الواعد الأهلية اللازمةلابرام العقد الموعود به، ذاك لأنه متي عبر الموعود له بعد ذلك عن رغبته في ابرام العقد النهائي فإن العقد ينعقد بلا حاجة إلى تدخل جديد من جانب الواعد. واذا كان الوعد ملزما للجانبين وجب أن يتوافر لدي كل من طرفيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لابرام العقد الموعود به.

واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد ولا يترتب على مخالفة هذه القاعدة بطلان الوعد بالتعاقد ويستثني من ذلك فقط الوعد بالهبةلأن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية واذا أتي الوعد المتعاقد خاليا من الشكلية وكان العقد الموعود به عقداً شكلياً، فإن

حق الموعود له يقتصر فقط على مجرد مطالبة الواعد بالتعويض اذا ما طالبه بابرام العقد النهائي فرفض ذلك، ولا يقوم الحكم الذي يحصل عليه الموعود له مقام العقد الموعود بابرامه.

ولكي ينعقد الوعدبالتعاقد فإنه يجب أن يتعين فيه مدة يتعين فيها على الموعود به أن يعبر عن رغبته ـ ان شاء ـ في ابرام العقد الموعود به . ولا يشترط أن يكون الاتفاق على تعيين المدة اتفاقا صريحا ، بل يمكن استخلاص هذه المدة ضمنا من ظروف التعاقد. ومثال ذلك أن يقترن الوعد بالتعاقد بعقد آخر محدد المدة كوعد بالبيع صادر من المؤجر الى المستأجر، فإن مدة عقد الايجار تكون هي تلك التي يتعين فيها على المستأجر أن يعبر عن رغبته في ابرام العقد الموعود به.

بل أنه اذا لم يتفق على المدة، ولم يكن من الممكن استخلاصها من ظروف التعاقد، فللواعد أن يعذر الموعود له محددا له مدة يراها معقولة يتعين فيها على الموعود أن يعبر عن رغبته في ابرام العقد الموعود به، وللموعود له ـ بداهة ـ أن ينازع الواعد في تعيينه للمدة.

ثانيا - آثار الوعد بالتعاقد

أما فيما يتعلق باثار الوعد بالتعاقد، فانه تجب التفرقة بين مرحلتين متميزتين :

(أ) قبل أن يعبر الموعود له عن رغبته في ابرام العقد الموعود بابرامه :

يلتزم الواعد بابرام العقد الموعود به عندما يعبر الموعود له عن رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها : ويلتزم الواعد فضلا عن ذلك بألا يأتي عملا يكون من شأنه الحيلوية دون اتمام العقد الموعود به عندما يعبر الموعود له عن رغبته في ذلك. فاذا كان الوعد وعداً بالبيع ملزماً للبائع (الواعد) فانه يتعين على هذا الأخير ألا يتصرف في الشيء الموعود به إلى آخر قبل نهاية المدة المحددة في هذا الوعد.

ولا يلتزم الموعود له بشيء اذ أن الوعد لا يلزم هنا غير الواعد. ويذهب الفقهاء الى القول بأن الموعود له ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق منشيء droit fromateur اذ يكون باستطاعته، وبتعبير عن الارادة يصدر عنه، أن يتوصل الى انعقاد العقد الموعود به.

ولا يترتب على الوغد النهائي قبل أن يعبر الموعود له عن رغبته في ابرام العقد النهائي الآثار التي يرتبها القانون على «العقد النهائي» فإذا كان العقد الموعود به عقد بيع، فانه لا يترتب علي الوعد بالتعاقد أن تنتقل

ملكية المبيع الى الموعود له، ولا يلتزم الواعد بأن يسلمه له. واذا هلك الشيء المبيع قبل أن يعبر الموعود له عن رغبته في ابرام العقد النهائي، فان تبعة الهلاك تقع على الواعد، ولا ينعقد العقد الموعود به لتخلف المحل.

(٣) آثار الوعد بالتعاقد بعد التعبير عن الرغبة أو حلول الميعاد :

فإذا ما عبر الموعود له عن رغبته في ابرام العقد الموعود به خلال المدة المتفق عليها، انعقد بذلك العقد النهائي دون ما حاجة إلى ارادة جديدة من جانب الواعد، اذ سبق لهذا الأخير أن عبر عن ارادته. وأما اذا كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانبين فإن العقد النهائي ينعقد بمجرد حلول الميعاد المتفق عليه اذا لم يكن هناك مانع قانوني يحول دون انعقاده.

واذا ما عبر الموعود له عن رغبته في ابرام العقد النهائي وجب على الواعد تنفيذه، فاذا نكل الواعد وقاضاه الموعود له طالبا الزامه بذلك. فان الحكم الذي يصدره القاضي يقوم مقام العقد الموعود بابرامه. ويكون حكم القاضي مقرراً هنا لا منشئا، بمعني أن العقد الموعود به يعتبر منعقدا لا من الوقت الذي يصدر فيه الحكم ولكن من الوقت الذي يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته في ابرام العقد النهائي. ويكون الحكم الذي يصدره القاضي منشئا اذا كان المتعاقدان في عقد الوعد قد جعلا انعقاد العقد الموعود به متوقفا على كتابته في ورقة رسمية، اذ لا يكفي هنا أن يعبر الموعود له

فقط عن رغبته في ابرام العقد النهائي، بل لا بد أن يتعاون كل من الواعد والموعود له في اعداد الورقة الرسمية. فاذا نكل الواعد عن ذلك وقاضاه الموعود له، فان الحكم الذي يصدره القاضي يكون منشئا لا مقررا، ولا يعتبر العقد الموعود به منعقداً إلا من وقت صدرو الحكم لا في الوقت الذي يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته في ابرامه.

المطلب الثالث
التعاقد بالعربون

قد يؤدي أحد المتعاقدين عند إبرام العقد مبلغا من المال ويسمى هذا المبلغ «العربون» وللعبرون إحدى دلالتين: فإما أن يؤكد هذا العربون حق كل من المتعاقدين في العدول. فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبض العربون دفعه مضاعفا ويسمى العربون عندئذ عربون العدول. وإما أن يؤكد العربون البدء في التنفيذ. والمرجع في تغليب إحدى الدلالتين على الأخرى هو ما تنصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا. فإذا صعب الوقوف على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فإن دفع العربون وقت العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول. فالأصل إذن في تحديد ما إذا كان العربون يدل على العدول أو على البدء في التنفيذ هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. فإن صعب الوقوف على قصد المتعاقدين كان العربون دالا على العدول أو بعبارة أخرى فإن لكل من المتعاقدين أن يستخدم حقه في العدول،

ولا يعتبر هذا منه خطأ وإن عدل من دفع العربون فقده، وإن عدل من قبضه رده مضاعفا. وينطبق الحكم السابق حتى ولو لم يصب المتعاقد الآخر بأي ضرر أو كان هذا الضرر أقل أو أكبر من قيمة العربون.

وأما إذا كان العربون دالا على البدء في التنفيذ، فإنه لا يعطي لأي من المتعاقدين الحق في العدول، بل إنه إن عدل أحدهما جاز للآخر مطالبته بأن ينفذ التزامه عينا إن لم يكن ذلك مستحيلا ولم يكن فيه ما يهدد المدين بخسارة فادحة وللمتعاقد الآخر بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أن يطالب بالفسخ وبالتعويض إن كان له مقتضى. وليس هذا سوى تطبيق للقواعد العامة. ولا يقدر التعويض بقدر العربون وإنما هو يقدر طبقا للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر.

ولا يجوز التحدي لأول مرة أمام محكمة النقض بأن عقدا ما هو «بيع بالعربون» بل يجب إثارة ذلك أمام محكمة الموضوع.

والعربون غير متفق على حكمه في الفقه الإسلامي فيذهب المالكية إلى القول ببطلان هذا البيع مستندين في ذلك إلى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد نهى عن بيع العربان «أي البيع بالعربون»، ولا ينطبق ذلك إلا على العربون الذي يكون مقصودا به العدول أو بعبارة أخرى إذا كان كل من طرفي العقد قد اشترى بالعربون حقه في العدول فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبض العربون رد ضعفيه، إذ يكون العربون قد اشترط عندئذ للبائع - إذا كان العقد بيعا - بغير عوض وهذا هو أكل الأموال

بالباطل، وهو غير جائز. وأما إذا كان المقصود بالعربون البدء في التنفيذ بمعنى أنه يحتسب جزءا من الثمن - إذا كان العقد بيعا - إذا نفذ البيع فإذا لم ينفذ كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض، فالعربون ليس المقصود منه هنا العدول ولكن البدء في التنبيذ. ومع ذلك فقد أجاز الحنابلة بيع العربون ويستندون في ذلك إلى الخبر المروي عن عمر وضعف حديث النهي في البيع بالعربون والقياس على صورة متفق على صحتها من أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئا. ويذهب جانب من الشراح المحدثين إلى القول بأن احتفاظ البائع بالعربون - إن كان العقد بيعا - لم يشترط بغير عوض، إذ العوض هو الانتظار بالبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشتري وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة، ويمكن أن يكون ذلك في حد ذاته ضررا يستحق البائع التعويض عنه. ولا غرر فيه، إذ أن خيار العدول في البيع بالعربون يكون له أجلا محددا إذا انتهى هذا الأجل سقط الخيار وصار البيع باتا.

الفصل الثاني
المحل

محل الالتزام هو الآداء الذي يجب على المدين القيام به ويقال إن محل التزام المدين هو الاجابة على التساؤل الآتي. بما التزم المدين؟ وإذا كان محل التزام المدين هو الآداء الذي يقع على عاتق المدين واجب الوفاء به، فإن محل العقد هو العملية القانونية التي تراضي الطرفان على تحقيقها. ولذلك فإن شروط محل العقد كثيرا ما يشترط توافرها في محل الالتزام ويمكن إجمالها فيما يلي. الوجود، والتعيين، والمشروعية.

أولا: الوجود

يذهب فقهاء المسلمين إلى القول بأنه يشترط في محل الالتزام أن يكون موجودا فعلا وقت التعاقد، وهذا هو ما تنص عليه صراحة المادة ٢١٦ من مرشد الحيران إذ جاء نصها كالاتي: لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلا للعقد المتقدم ذكره إلا في السلم بشرائطه «ولقد جاء في البدائع ما يلي: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل، لأنه إذا باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن في الضرع....»

ولعل الذي حدا بفقهاء المسلمين إلى سلوك هذا المسلك وأخذهم بهذا

الرأي هو خشيتهم من بيع الغرر أو من البيع الذي يكون فيه المحل مجهلا. ومع ذلك فقد فرق فقهاء المالكية بين عقود المعاوضات وعقود التبرع حيث أجازوا أن يكون المحل غير موجود إذا كان التصرف تبرعا، لأن هذه الأشياء وإن لم تكن موجوده إلا أنها قابلة للوجود وخطر العدم الذي يتعهدها لا ينبغي أن يكون مانعا من التبرع لأن المتبرع متفضل، وما على المحسنين من سبيل. ويذهب بعض أساتذة الشريعة الإسلامية المحدثين إلى القول أن شرط وجود محل العقد ليس هذا الشرط المطلوب بل إن مقصود الشارع في هذا الشأن هو عدم الغرر في الشيء المعقود عليه. فإذا لم يكن هناك غرر صح التصرف حتى ولو كان المحل (المبيع في البيع معلا) غير موجود وقت إبرام البيع ولكنه قابلاً للوجود في المستقبل، وأما إذا كان المحل غير موجود وغير قابل للوجود في المسقبل فلا يصح مطلقا التصرف وذلك لتخلف شرط من شروط المحل.

وأما عن التشريعات الوضعية العربية فإنه يجب أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء هذا الالتزام أو أن يكون على الأقل قابلا للوجود في المستقبل وليس هناك في كافة التشريعات الوضعية ما يحول دون ذلك. فإذا لم يقصد المتعاقد أن يقع الالتزام على شيء موجود في وقت معاصر لنشوء الالتزام فليس هناك ما يمنع من أن يكون محل الالتزام شيئا قابلا للوجود في المستقبل. والمحل المستقبل هو الشيء غير الموجود في الحال ولكنه سيكون قابلا للوجود بعد ذلك. وترتيبا على ذلك يجوز بيع المحصولات

المستقبلة قبل أن تنبت أو بثمن يقدر جزافا أو بسعر الوحدة. كما يجوز بيع الوحدات السكنية التي ستقام مستقبلا على قطعةالأرض هذه. ومع ذلك فإن القانون قد يمنع نوعا من أنواع التعامل في الأموال المستقبلة فأبطل رهن الأموال المستقبلة (المادة ١٠٣٣/ ٢) كما حرم القانون التعامل في التركات المستقبلة.

وهذا هو ما تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدني مصري أنه «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه إلا في الاحوال التي ينص عليها القانون».

فإذا كانت الفقرة الأولى ١٣١ مدني مصري قد أجازت التعامل في الأموال المستقبلة، إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة قد حرمت التعامل في التركات المستقبلة: ويعرف الفقهاء التركة المستقبلة بأنها مجموع ما ينتظر أن يتركه شخص لازال على قيد الحياة من حقوق والتزامات عند موته، والتعامل الذي يحظره القانون هو كل تعامل يتم حال حياة الشخص ويكون محله تركة مستقبلة. فيجب أن نميز بين التعامل في التركة المستقبلة والتعامل المؤجل التنفيذ إلى حين وفاة المورث، فإذا اقترض شخص مالا ووعد برده عند وفاة مورثه، فإن هذا التعهد يقع صحيحا.

والعلة التي من أجلها أبطل القانون التعامل في التركات المستقبلة هو ما يحتمله مثل هذا التعامل من مضاربة على حياة المورث فإذا باع وارث أو يعتقد هو على الأقل أنه سيصبح كذلك ـ مالا من أموال التركة التي ستؤول

إليه عند وفاة مورثه، فإن مثل هذا التعامل مجاف للأخلاق ومناف لها. كما يحرم القانون أيضا التعامل الذي يبرمه الشخص نفسه في شأن تركته كأن يتفق مع أحد ورثته على أن يكون نصيبه في التركة أكبر أو أقل من أموال التركة، أو أن يتحمل هذا الوارث وحده بديون التركة.

واستثناء من هذه القاعدة، يصح التعامل في التركات المستقبلة في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ومن هذه الحالات ما تنص عليها المادة ٣/٥٢٨ مدني مصري من أنه يجوز الاتفاق في عقد الشركة على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء، فمع أن هذا يعتبر تعاملا في تركة مستقبلة إلا أن القانون قد نص على جوازه.

الوجود والإمكان

قلنا الآن أنه لا يشترط أن يكون المحل موجودا في الحال، بل يكفي أن يكون قابلا للوجود في لمستقبل، وذلك وفقا لما تذهب إليه الأنظمةالعربية وما يذهب إليه ايضا بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين. وفضلا عن ذلك فإنه يجب أن يكون المحل ممكنا ويكون المحل ممكنا إذا كان غير مستحيل، ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، والاستحالة المطلقة هي الاستحالة بالنسبة إلى الكافة، فإذا لم يكن لا باستطاعة المدين ولا باستطاعة غيره تنفيذ أداء ما كان هذا الأداء - المحل - مستحيلا، ومثال ذلك أن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم غير قابل أصلا للاستئناف أو

فات ميعاد استئنافه، وأما إذا كان الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى المدين ولكنه ممكن بالنسبة لغيره كرسام يتعهد برسم لوحة زيتية وبانجازها في ميعاد معين، فإن عجز عن تنفيذ التزامه عند حلول هذا الأجل فليس له أن يدعي استحالة تنفيذه بهذا الالتزام لافتقاره إلى الالهام الفني في ذاك الوقت. ذلك لأن الاستحالة هنا تكون نسبية لا مطلقة إذ يكون باستطاعة غيره من الرسامين انجاز هذه اللوحة في هذا الوقت.

والاستحالة التي تحول دون نشوء الالتزام هي المطلقة والمعاصرة لوقت نشوء الالتزام. وأما عن الاستحالة اللاحقة فإنها لا تحول دون نشوء الالتزام ولكنها تؤدى مع ذلك إلى انقضاء الالتزام بعد أن يوجد وذلك إذا كانت ناشئة عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

ويذهب كثير من الفقهاء إلى التفرقة بين الالتزام بإعطاء من جهة والالتزام بعمل وبامتناع عن عمل من جهة أخرى. ففي الالتزام باعطاء يغني - في نظر هؤلاء - شرط الوجود عن شرط الامكان، وأما عن الالتزام بعمل وبامتناع عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكنا فضلا عن كونه موجودا، بيد أنه يلاحظ على ذلك أمران، إذا كان الالتزام باعطاء فإن شرط الوجود لا يغني عن شرط الإمكان، ذلك أنه إذا كان محل الالتزام المدين هو نقل الحق إلى الدائن فإن الشيء - المحل - قد يكون موجودا ولا يكون باستطاعة الدائن مع ذلك أن ينقله إلى الدائن، ويتحقق ذلك - على سبيل المثال - إذا كانت أهلية الوجوب منتقصة. ففي البيع إذا كان المشتري غير صالح لاكتساب

الحق كأن يصل ما يملكه من أراضي زراعية إلى الحد الأقصى الجائز تملكه قانونا فلا يكون باستطاعة البائع أن ينقل اليه ملكية القدر الزائد المبيع، فمع وجود المحل إلا أنه غير ممكن، ومثل ذلك أيضا شراء القاضي لحق من الحقوق المتنازع فيها متى توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون، وإذا كان الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل فإن شرط الإمكان لا يغني عن شرط الوجود، فلا يكفي فقط ألا يستحيل على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، بل يجب فضلا عن ذلك أن تكون العين المؤجرة موجودة.

ثانيا: التعيين

لا يكفي أن يكون محل الالتزام موجودا وممكنا ـ وفقا لما سبق بيانه ـ بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون محل الالتزام معينا أو أن يكون على الأقل قابلا للتعيين في المستقبل. وتختلف الطريقة التي يتم بها تعيين الشيء تبعا لما إذا كان هذا الشيء معينا بالذات أو معينا بالنوع، أو بعبارة أخرى تبعا لما إذا كان من الأشياء القيمية أو من الأشياء المثلية.

فإذا كان المحل معينا بالذات، كان تعيينه عن طريق تحديد ذاتيته بطريقة يمكن معها وبها التمييز بين هذا المحل وغيره. فإذا باع (أ) لـ (ب) منزلا وجب أن يتضمن عقد البيع بيانا كافيا بتحديد المبيع. ويحدد المنزل هنا ويعين ببيان حدوده ومساحته وأوصافه، وإذا كان العقد بيعا فإن القانون

يوجب فضلا عن ذلك أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا. ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه. وحتى يتحقق علم المشتري بالمبيع فإن العقد يجب أن يتضمن بيانا كافيا بأوصاف المبيع، ذلك لأن علم المشتري بالمبيع أدق من تعيينه إذ لا يكفي لتحققه تحديد حدود المبيع - إذا كان منزلا - ومساحته بل يجب أن يتضمن العقد بيانا كافيا بأوصافه ومميزاته.

وأما إذا كان الشيء غير معين بالذات، وجب أن يكون تعيينه ببيان جنسه ونوعه ومقداره، كأن يذكر مثلا أن المبيع قطن أشموني ومقداره عشرون قنطارا مثلا. وقد يتضمن التعيين فقط بيانا بالجنس والنوع والمقدار دون أن نذكر درجة الجودة، عندئذ وجب أن يكون المحل في درجة متوسطة ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق العاقدان على درجة الشء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك الترم المدين بأن يسلم المشتري شيئا من صنف متوسط.

ويلاحظ بصفة عامة أنه لا يشترط أن يكون المحل معينا، بل يكفي أن يكون على الأقل قابلا للتعيين، وذلك بأن يتضمن العقد صراحة أو ضمنا الاتفاق على أسس يتعين بها الشيء في المستقبل. ومثال ذلك أن يتفق ناشر مع مؤلف على شراء الحق في استغلال القصة التي تفوز بالجائزة من بين القصص التي يتقدم بها هذا المؤلف في مسابقة. وفي عقد البيع ينعقد البيع صحيحا حتى ولو لم يكن الثمن محددا فيه متى تضمن العقد بيانا بالطريقة

التي يتم بها تحديده في المستقبل، كأن يتحدد الثمن بسعر السوق في وقت معين ومكان معين وإذا كان المبيع خاضعا للتسعيرة الجبرية فإن البيع ينعقد حتى ولو لم يتضمن العقد بيانا بالثمن، ذلك لأن القانون هو الذي يتولى تحديده وفي عقد العمل إذا لم يتفق فيه على الأجر الذي يحصل عليه العامل تولى القاضي تحديده(المادة ١٢٣ عمل المحل)

ويمكن القول بأن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن يكون المحل معينا تعيينا نافيا لكل جهاله، ذلك لأن المحل يجب أن يكون معلوما علما يمنع من الجهالة أو المنازعة، ولمعرفة كيفية تحقق العلم فإن فقهاء المسلمين يفرقون بين أمرين:

الأول منها: أن يكن الشيء موجود في مجلس العقد،

والثاني أن يكون غائبا عن مجلس العقد، فإذا كان الشيء موجودا في مجلس العقد فإن العلم به يكون بالإشارة اليه وعند المالكية فلا يصح بيع الشيء الحاضر في مجلس العقد إلا برؤيته وبذلك يتحقق العلم به وعند الشافعية فلا يصح العلم بالشيء إلا برؤيته سواء أكان موجودا في مجلس العقد أم لم يكن.

وأما إذا كان الشيء غير موجود في مجلس العقد فإن العلم لا يكون بتعيين أوصافه الأساسية في العقد وكذلك أيضا عند المالكية، وعند الحنابلة فإن الشيء يتعين بالوصف أي يذكر جميع الأوصاف التي تضبطه ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه تغيير.

ثالثا: المشروعية

يجب أن يكون المحل مشروعا إذ لا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

ويرد شرط المشروعية على محل الالتزام أيا كان نوعه أي سواء أكان الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل أو بإعطاء، فإذا كان العمل الذي يلتزم به المدين عملا غير مشروع كان الالتزام باطلا. ومثال ذلك إذا كان المدين ملتزما بارتكاب جريمة أو بالقيام بعمل غير مشروع، أو إذا كان المدين قد التزم بعدم منافسة الدائن (التزام بامتناع عن عمل) الدائن ولم تكن شروط صحة هذا الشرط جميعها قائمة، فعندئذ يبطل شرط الاتفاق بعدم المنافسة، ومثال ذلك الامتناع المطلق عن مزاولة مهنة معينة، فمثل هذا الالتزام بامتناع عن عمل يكون غير صحيح. و يجب أن يكون المحل داخلا في دائرة التعامل فإن كان خارجا عنها فإنه يكون غير مشروع. ومن الأشياء ما يخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها، ومنها ما يخرج عنها بحكم القانون.

ويقال عادة أيضا أن الاشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها هي الأشياء المشتركة أي التي يشترك الناس في الانتفاع بها ومثال ذلك الماء والهواء، إذ لا يحول انتفاع أحد من الناس بها دون انتفاع الآخرين. وأما اذا حازها آحد من الناس واستأثر بها فإنه لا يكون لغيره أن ينتفع بها. ومثال ذلك الهواء المضغوط، فمتى حازه شخص واستأثر به دخل بذلك في دائرة

التعامل، ويصلح بذلك ليكون محلا للحق. ويقال أيضا أن هناك من الأشياء ما يخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون، ومثال ذلك الأموال العامة والأموال الموقوفة إذ لا يجيز القانون التصرف فيها فلا تصلح محلا لحق يتعارض مع الغرض الذي خصصت من أجله. بيد أنه غير صحيح تماما القول بأن هناك من الأشياء ما يخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون كالمخدرات مثلا إذ أن القانون يجيز بعض أنواع التعامل فيها لأغراض طبية في الحدود المبينة في القانون. وليس هناك ما يمنع أيضا من أن ترد حقوق ارتفاق على مال عام إذا لم تكن متعارضة مع الغرض الذي خصص المال العام من أجله.

الفصل الثالث
السبب
La Cause

لابد لكل التزام من سبب، وإذا لم يكن للالتزام سبب أو كان باطلا مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا . وللسبب معاني متعددة. ويختلف السبب في كل مجموعة من العقود (كالبيع مثلا) عنه في غيره من العقود الأخرى. وإذا لم يوجد السبب أو كان غير مشروع كان الالتزام باطلا. (الجزاء الذي يترتب على تخلف السبب أو على عدم مشروعيته).

وسوف نبدأ الآن بدراسة كل من هذه الموضوعات على التوالي:

المبحث الأول
المعاني المختلفة للسبب

قلنا فيما سبق أن محل الالتزام هو الإجابة على من يسأل، بم التزم المدين؟ في حين أن السبب هو الإجابة على من يسأل. لماذا التزم المدين؟

ولا يقصد بالسبب هناك الواقعة المنشئة للالتزام أو ما يعبر عنه بالسبب الإنشائي، فإذا قلنا لماذا التزم المدين، وكانت الإجابة لأنه أبرم عقدا أو ارتكب خطأ أو أثرى على حساب الغير، فإن هذا ليس المقصود بالسبب كركن في تكوين العقد. ولكن الذي يعنينا هو الغرض المحرك للإرادة وهي تبرم عقدا.

وللسبب عموما معنيان. السبب بمعناه الفني أو المباشر، وهو سبب غير متغير. ذلك لأن سبب التزام البائع في أي عقد من عقود البيع، بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو التزام المشتري بالوفاء بالثمن. وسبب التزام أي مؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة هو التزام المستأجر بأداء الأجرة. ولهذا يقال أن هذا هو السبب بمعناه الفني أو بمعناه المباشر. وهناك ايضا السبب بمعناه غير المباشر أو السبب الباعث. ويقال عنه أحيانا السبب بمعناه الغائي. وهذا السبب متغير فهو يتغير في كل نوع من أنواع العقود عنه في الآخر ويختلف من شخص لآخر. ذلك لأن الإرادة تحركها أغراض متعددة ومتباينة. فإذا كان سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو

التزام المشتري بالوفاء بالثمن - وهذا هو السبب بمعناه الفني، إلا أن هذا البائع قد يبتغي من حصوله على ثمن هذا المبيع شراء شيء آخر يرى أنه في حاجة ماسة إليه وقد يقصد مشتري آخر استخدام هذا الثمن في سداد ما عليه من ديون أو في انفاقه في شؤون معيشتة أو في لعب القمار. وأما عن المشتري فإنه قد يقصد شراء المنزل لسكناه، وقد يريد مشتر آخر بيعه مرة أخرى بثمن أعلى. فالغرض البعيد الذي يقصده العاقد على عكس الغرض القريب عنصر متميز خارجي عن العقد لا يستمد من نوايا العاقد الخاصة.

ولم يكن أنصار المدرسة القديمة - وهي المدرسة التي تأثر شارحها بالقانون الروماني - يعتدون إلا بالسبب بمعناه الفني أو بعبارة أخرى كانوا يعتدون فقط بالسبب الموضوعي الثابت وغير المتغير. وقد استهدفت النظرية التقليدية للنقد، فقال عنها الفقهاء المحدثين وعلى رأسهم الاستاذ الفرنسي «بلانيول» أنها غير منطقية ولا فائدة منها وفضلا عن ذلك فقد عدل القضاء الفرنسي عن هذه التفرقة التحكمية بين السبب بمعناه الفني والسبب الباعث ومد شرط المشروعة إلى فكرة السبب بمعناه الباعث الدافع. وإذا كان اللاسببيون قد نجحوا إلى حد ما في اهدار القيمة النظرية لفكرة السبب إلا أن هذه الفكرة عادة مرة أخرى إلى الظهور والازدهار. وقد قيل بحق أن نظرية السبب تحقق دورا مزدوجا. فهي تكفل حماية المدين من أن يلتزم بغير سبب، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن شرط مشروعية السبب يؤدي إلى إبطال الالتزامات التي يكون المحرك الدافع لها غير مشروع لمنافاته للنظام

العام أو الآداب العامة.

والسبب يجب أيضا ان يكون مشروعا في الفقه الإسلامي وإذا كان الاصل هو انه يجب البحث عنه داخل عبارة العقد نفسها وصياغتها إلا أن الحنابلة والمالكية يرون وجوب الاعتداد بالسبب سواء ذكر في العقد أم لم يذكر مادام أنه معلوم من الطرف الآخر فإذا كان الباعث مشروعا صح العقد وأما إذا كان مخالفا لأحكام الشرع أو مقاصد الشريعة الإسلامية فإنه لا يعتد به ويكون العقد عندئذ غير مشروع. خلاصة القول أنه إذا ذكر السبب في العقد فإنه يجب أن يكون مشروعا ويعتد به عندئذ وفقا لجميع المذاهب الإسلامية. وأما اذا كان خارج دائرة العقد بمعني انه لم يذكر فيه فلا يعتد بعدم مشروعيته إلا إذا كان قد اتصل به علم الطرف الآخر أو إذا كان باستطاعته على الأقل العلم به، وفي هذا يقترب كثيرا من المذهب الحنبلي والمالكية مع ما يذهب إليه الفقه القانوني الحديث.

التحديد الدقيق للسبب في مختلف طرائف العقود

قلنا الآن للسبب معنيان، هناك السبب بمعناه القريب، وهناك السبب بمعناه الباعث أو القصدي. والسبب بمعناه الأول سبب موضوعي. ويجب أن يكون لكل التزام سبب، فإذا لم يكن للالتزام سبب، فإنه يبطل والسبب بمعناه الفني سبب واحد لا يتغير. فإذا كان العقد ملزما لجانبين كعقد البيع أو الإيجار أو العمل فعلا، فإن سبب التزام كل متعاقد يكون هو الالتزام

المقابل. فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري هو التزام المشتري بالوفاء بالثمن. بل ذهب جانب من الفقهاء إلى القول وعلى رأسهم الاستاذ الفرنسي «كابتيان» أن سبب التزام كل متعاقد ـ في العقود الملزمة لجانبين ليس هو الالتزام المقابل بل تنفيذ المتعاقد الآخر لالزامه. وبذلك تنتقل نظرية السبب من مرحلة الانعقاد إلى مرحلة التنفيذ. ويؤسسون عليها «الفسخ» وذلك إذا لم يقم اي من المتعاقدين بتنفيذ التزاماته أو استحال عليه ذلك «الانفساخ». وقد يكون العقد الملزم لجانبين عقدا ـ احتماليا ـ مثال ذلك عقد التأمين وعندئذ يكون للسبب فيه طابعا خاصا يتميز بعنصر الاحتمال، فالاحتمال هو جوهر العقود الاحتمالية والاحتمال يشكل فيه عنصرا اساسيا من عناصر السبب. فكل من المتعاقدين قد ارتضى أن يتحمل بالتزامه في مقابل أن يؤدي له المتعاقد الآخر أداء قد يفوق ما يكون هو قد أداه، وأما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد فغالبا ما يكون المقابل فيه ـ السبب ـ هو الرغبة في قضاء التزام سابق. فإذا كانت الوديعة بغير أجر ـ عقدا ملزما لجانب واحد ـ فإن سبب التزام المودع لديه قد يكون هو الرغبة في قضاء التزام سابق التزم هو به قبل المودع. وقد يكون الالتزام السابق طبيعيا ويتعهد المدين بالوفاء به وعندئذ يصلح الالتزام الطبيعي لكي يكون سببا لالتزام مدني. أما عن سبب التزام المتبرع في عقود التبرع فإنه يكون في نية التبرع. وأما إذا أنشأ عقد التبرع التزامات على عاتق المتبرع اليه فإن سبب التزام المتبرع يكون هو الالتزام المقابل. فإذا كانت الهبة بعوض فإن سبب التزام الموهوب له بالعوض المشروط يكون هو التزام الواهب بإعطائه المال الموهوب.

الجزاء الذي يترتب على عدم وجود السبب

يبطل الالتزام إذا لم يكن له سبب ، فسبب التزام المشتري - إذا كان العقد بيعا - بالوفاء بالثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع اليه فإذا كان المبيع قد هلك وقت ابرام هذا العقد، فإن التزام البائع بنقل الملكية لن ينشأ بسبب استحالة المحل، ولن ينشأ التزام المشتري أيضا لعدم وجود السبب. وإذا كان عقد المعاوضة ملزما لجانب واحد كان الالتزام بغير سبب إذا كان الالتزام الذي قصد الوفاء به غير موجود. فالاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأداء مبلغ معين من النقود كتعويض لجبر ما أصاب شخص آخر من ضرر يكون لا سبب له إذا ما ثبت بعد ذلك أنه غير مسؤول عن جبر هذا الضرر وأنه لم يرتكب أي خطأ. والاتفاق الذي يلتزم بموجبه الوارث بدفع مبلغ معين من النقود إلى الموصى له تنفيذا لوصية أبرمها الموصي (المورث) لا يكون له سبب إذا ثبت عدول الموصي قبل وفاته عن هذه الوصية.

نظرية السبب والغلط

يكون الالتزام بغير سبب ويبطل تبعا لذلك، إذا توهم المدين أن لالتزامه سببا ثم يبدو بعد ذلك أن الأمر لم يكن كذلك، وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة اختلاط نظرية السبب بنظرية الغلط، بيد أن الأمر على غير ذلك. فلا نظرية السبب تغني عن الغلط، ولا يغني الغلط عن نظرية السبب.

١ـ لا تغني نظرية السبب عن الغلط

قلنا الآن أن سبب التزام كل متعاقد هو الالتزام المقابل. وقد يقع الغلط في صفةجوهرية من صفات الآداء المقابل دون أن يعني ذلك عدم وجود السبب. فمن يشتري آنية على أنها أثرية، فإن سبب التزامه بأداء الثمن يكون هو التزام البائع بنقل ملكيتها إليه حتى ولو اتضح بعد ذلك أن هذه الآنية لم تكن أثرية.

٢ ـ نظرية الغلط لا تغني عن نظرية السبب

قد ينعدم السبب دون أن يكون ذلكراجعا إلى غلط في وجوده. فقد يكون السبب صوريا صورية مطلقة. فإذا أثبت المدين أن السبب المذكور في العقد صوري صورية مطلقةوعجز الدائن عن اثبات عكس ذلك فيكون الالتزام باطلا لانعدام السبب دون أن يكون ذلك راجعا إلى غلط في وجوده. وإذا ثبت أن الالتزام ليس له سبب فإن هذا يكفي لبطلانه دون النظر فيما إذا كان توهم وجود هذا السبب هو الدافع إلى التعاقد أم لا. والجزاء الذي يقرره القانون إذا كان السبب غير موجود هو البطلان المطلق، في حين أن الجزاء الذي يرتبه القانون إذا كان أحد المتعاقدين قد وقع في غلط هو البطلان النسبي.

المبحث الثاني

مشروعية السبب

يجب أن يكون لكل التزام سبب. ويبطل الالتزام إذا لم يكن له سبب. ولا يكفي أن يكون السبب موجودا بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون هذا السبب مشروعا. ولا يرد شرط المشروعية على السبب بمعناه القريب ـ إذ أن هذا السبب لا تتصور عدم مشروعيته ـ بل يرد شرط المشروعية على السبب بمعناه البعيد (أو السبب بمعناه الباعث أو القصدي) فلا سبيل إلى تقرير بطلان عقد بيع منزل إذا كان المشتري يرمي إلى اعداده للدعارة أو للعب القمار إلا إذا امتد شرط المشروعية إلى السبب بمعناه البعيد. ففي هذا المثال يلتزم البائع بنقل الملكية وسبب التزامه هو التزام المشتري بأداء الثمن. كما يلتزم المشتري بأداء الثمن وسبب التزامه هو التزام البائع بنقل ملكية المنزل إليه.

والمقابل في كلتا الحالتين مشروع في حد ذاته. ولا سبيل إلى تقدير بطلان هذا العقد إلا إذا نظرنا إلى السبب بمعناه البعيد، إلى السبب الدافع إلى التعاقد، فإذا كان هذا السبب غير مشروع بطل الالتزام.

ومما تجدر ملاحظته أن بواعث الإرادة التعاقدية كثيرة ومتنوعة ولا يعتد منها إلا بالباعث الرئيسي على التعاقد. والباعث الرئيسي هو الذي لولاه ما اقدم المتعاقد على إبرام العقد، ولا يعتد بما قد يصاحب هذا الباعث الرئيسي من بواعث ثانونية ولو كان منها ما هو غير مشروع. ولا يجب أن يترتب

على التمسك ببطلان الالتزام بسبب عدم مشروعية الباعث اهدار للثقة الواجب توافرها في المعاملات. وليس معنى ذلك وجوب أن يكون الباعث غير المشروع مشتركا بل يكفي أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو أن يكون ذلك باستطاعته على الأقل. وأما في عقود التبرعات فإنه لا يشترط فيها علم المتعاقد الآخر بهذا الباعث غير المشروع إذ أن التمسك بالبطلان لن يترتب عليه سوى حرمان المتبرع له من فائدة لم يؤد عنها مقابلا.

المبحث الثالث

اثبات السبب

كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه. فالقاعدة إذن أن لكل التزام سببه والأصل أيضا أن هذا السبب مشروع ويجوز مع ذلك لكل ذي مصلحة أن يثبت عدم وجود السبب. وتختلف الطريقة التي يمكن بها اثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته تبعا لما إذا كان سبب الالتزام قد ذكر في السند المنشيء له أم لا، فإذا ذكر هذا السبب في السند فالأصل أن هذا السبب المذكور مشروع وموجود. ويجوز مع ذلك للمدين اثبات عكس ذلك، ولا يجوز له اثبات عكس ما هو ثابت كتابة

إلا كتابة. وأما إذا أراد المدين أن يثبت لا عدم وجود السبب ولكن عدم مشروعيته، فإن له اثبات ذلك بجميع وسائل الاثبات حتى ولو كان السبب الصوري مكتوبا ومهما بلغت قيمة الالتزام. ذلك لأن اخفاء عدم المشروعية غش، والغش يجوز اثباته بجميع طرق الاثبات.

وأما إذا لم يكن السبب مذكورا في السند المنشيء للالتزام فللمدين اثبات عدم وجود السبب بجميع طرق الاثبات، وليس في هذا مخالفة للقاعدة الخاصة بأنه لا يجوز اثبات عكس ماهو ثابت كتابة إلا كتابة.

الباب الثالث

الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد

(نظرية البطلان)

خطة البحث

إذا تخلف ركن من أركان العقد فالبطلان هو الجزاء الذي يرتبه القانون على ذلك. فإذا انعدمت الإرادة أو تخلف شرط من شروط المحل - الوجود أو التعيين أو المشروعية - أو كان السبب غير موجود أو غير مشروع، كان الالتزام باطلا. ويقال عن هذا البطلان أنه بطلان مطلق. وأما إذا تخلف شرط من شروط الصحة، فالبطلان النسبي هو الجزاء الذي يقرره القانون على ذلك. فإذا كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة بعيب من عيوب الإرادة - الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال - كان التزامه قابلا للبطلان. وينطبق ذات الحكم إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية، وكان التصرف الذي أبرمه دائرا بين النفع والضرر، فإن هذا التصرف يكون قابلا للبطلان لمصلحته.

وعندما ينص القانون على أن تصرفا ما يكون «باطلا» فإن هذا يعني البطلان المطلق، أما إذا نص على أن تصرفا ما يكون «قابلا للبطلان» فإن هذا هو البطلان النسبي. وسوف نبدأ الآن بدراسة نوعي البطلان والنتائج المترتبة على التفرقة بينهما، والاثار التي تترتب على التمسك بالبطلان.

الفصل الأول
نوعي البطلان والنتائج المترتبة على التفرقة بينهما
(في الفقه والتشريعات الوضعية)
المبحث الأول
نوعي البطلان
في الفقه والتشريعات الوضعية

أولا: نوعي البطلان

قد يكون البطلان مطلقا وقد يكون نسبيا ويترتب البطلان المطلق جزاء على تخلف ركن من أركان الانعقاد (الإرادة، المحل، السبب) وأما عن البطلان النسبي فإنه يترتب جزاء على تخلف شرط من شروط الصحة. ويمكن القول بأن شروط صحة العقد التي لا يترتب على تخلفها منع انعقاد العقد، بل جعله قابلا فقط للبطلان تنحصر في شرطي صحة الرضى وهما توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل من العاقدين، وخلو إرادته من العيوب.

ويختلف البطلان عن عدم النفاذ في أن العقد الباطل لا يرتب آثارا بين عاقديه (البطلان المطلق) وإذا كان هذا العقد قد نفذ جاز لكل من المتعاقدين المطالبة بإعادة الأمر إلى ما كان عليه قبل التعاقد. وأما عن العقد غير النافذ فإنه ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين ولا يحتج به في مواجهةالغير.

ومثال ذلك العقد المستتر في الصورية فهو صحيح بين عاقدية ولا يحتج به مع ذلك في مواجهة الغير حسن النية ويتميز العقد القابل للابطال أيضا عن العقد الموقوف في أن الأول ينتج اثاره بين عاقديه إلى أن يقضي ببطلانه، وأما عن الثاني فإنه لا ينتج اثاره إلا بإقرار. ومثال ذلك أن يتجاوز النائب حدود نيابته، فلا ينفذ التصرف في مواجهةالاصيل إلا «بإقراره» ويتميز البطلان أيضا عن الفسخ في أن الأول جزاء على تخلف ركن من اركان الانعقاد (البطلان المطلق) أو شرط من شروط الصحة (البطلان النسبي) في حين ان الثاني جزاء على اخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته.

ثانيا: النتائج المترتبة على التفرقة بين كل من البطلان المطلق والنسبي

ا- كيف يتقرر البطلان

كثيرا ما يقال أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو والعدم سواء وكأنه ليس له وجود قانوني ومن ثم فإنه لا توجد حاجة إلى القضاء ببطلانه. أما عن العقد القابل للبطلان (البطلان النسبي) فإنه عقد موجود إلى أن يقضى ببطلانه. فالحكم مقرر للبطلان ان كان البطلان مطلقا ومنشئ للبطلان ان كان نسبيا.

ومع ما لهذا القول من وجاهة من الناحية النظرية، إلا أن الالتجاء إلى

القضاء لتقرير البطلان هو الغالب عملا. فإذا كان آحد العاقدين قد نفذ التزاماته وكانالعقد باطلا، وأراد بعد ذلك أن يسترد ما أداه، وجب عليه اللجوء إلى القضاء ليستصدر حكما بالبطلان وليسترد بعد ذلك ما اداه واما إذا لم يكن اي من المتعاقدين قد نفذ الالتزامات المتولدة عن العقد الباطل وطالبه الآخر بتنفيذها، فإنه له الدفع في مواجهته بالبطلان ويدفع بذلك دعوى مطالبته بالتنفيذ.

ك ـ من الذي له الحق في التمسك بالبطلان

أ ـ البطلان النسبي

إذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا فإن الذي له الحق في التمسك بهذا البطلان هو من شرع البطلان لمصلحته. وتطبيقا لذلك نقول أنه اذا كان آحد العاقدين ناقص الأهلية فإن له وحده الحق في التمسك بالبطلان، ولا يجوز ذلك للمتعاقد الآخر متى كان كامل الأهلية. وإذا كانت ارادة أحد المتعاقدين معيبةبعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، فإن لهذا المتعاقد ـ الذي عيبت ارادته ـ الحق في التمسك بالبطلان. ولنائب هذا المتعاقد أيضا ان يتمسك بالبطلان، ومثال ذلك الوصى الذي يرفع الدعوى لابطال العقد الذي يكون القاصر قد أبرمه.

واذا تصرف المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته في العين التي سبق له التصرف فيها بالعقد القابل للبطلان فإن الحق في التمسك بالبطلان ينتقل

منه إلى خلفه الخاص، وكذلك ينتقل الحق في التمسك بالبطلان من السلف إلى الخلف العام.

ولدائن المتعاقد الذي تقررت القابلية للبطلان لمصلحته أن يتمسك بالبطلان باسم مدينة عن طريق الدعوى غير المباشرة متى توافرت شروطها.

ولا يصح للغير الذي يتم التمسك في واجهته بالعقد القابل للبطلان أن يدفع ببطلانه، ذلك لأن البطلان لم يتقرر هنا لمصلحته. ويصح العقد القابل للابطال باعتباره سببا صحيحا يمكن التمسك به للتملك بالتقادم الخمسي (التقادم أو المدة القصيرة).

ب ـ البطلان المطلق

لا يصح لغير من شرع البطلان لمصلحته (البطلان النسبي) أن يتمسك به وفقا لما أسلفنا. وأما عن البطلان المطلق فإن لكل ذي مصلحة الحق في التمسك به حيث أنه «لا دعوى بغير مصلحة».

وذو المصلحة هو كل من يتأثر مركزه القانوني بالعقد الباطل وجودا وعدما. فلكل من طرفي هذا العقد المطالبة ببطلانه. ويثبت هذا الحق أيضا للخلف العام والخاص لكل منهما. كما يثبت أيضا لدائنيهم. ويلاحظ ان للدائن هنا أن يطالب بالبطلان المطلق ويتمسك به ولولم تتوافر شروط الدعوى غير المباشرة. فالدائن لا يتمسك بالبطلان هنا باسم مدينة ولكنه يتمسك به باسمه هو على اعتبار أن هذا العقد ليس له وجود قانوني وأن له

مصلحة في التمسك بالبطلان. ويجوز للغير الأجنبي أن يتمسك بالبطلان متى كانت له مصلحة في ذلك. وتكون له مصلحة متى كان مركزه القانوني يتأثر بالعقد وجودا وعدما. فيجوز للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك ببطلان سند ملكية الشفيع إذ أنه يترتب على ذلك رفض دعوى الشفعة.

ويجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها.

٣ـ سقوط الحق في التمسك بالبطلان

يسقط الحق في التمسك بالبطلان النسبي بالإجازة والتقادم. وأما بالنسبة إلى البطلان المطلق فإن الحق في التمسك به يسقط بالتقادم فقط، ولا ترد عليه إجازة.

أ ـ الإجازة: يسقط الحق في التمسك بالبطلان النسبي بالاجازة ولا تصح الاجازة إلا إذا صدرت ممن شرع البطلان لمصلحته. ولا ترد الاجازة على العقد الباطل بطلانا مطلقا إذ لا يتحول العدم الى وجود. والاجازة عمل قانوني بارادة منفردة، وهي تعبير عن ارادة العاقد التي تقررت القابلية للبطلان لمصلحته في أنه متنازل عن حقه في التمسك بالبطلان.

ولا تصح الاجازة أيضا إلا إذا صدرت في وقت يكون فيه المجيز على علم بما شاب ارادته من عيب. فإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية فلا تصح الاجازة إلا إذا صدرت منه بعد اكتمال أهليته. وإذا عيبت ارادةاحد

المتعاقدين بغلط أو تدليس أو اكراه فإن الإجازة التي تصدر منه لا تصح الا بعد معرفته للغلط الذي كان واقعا فيه أو للتدليس الذي كان ضحيته أو بعد زوال الاكراه وان صدرت الاجازة قبل ذلك فإن القانون لا يرتب عليها أثرا.

وكما تكون الاجازة صريحة فإنها تكون ضمنية. وتكون صريحة اذا كان التعبير عن الإرادة واضح الدلالة بشكل مباشر على انصراف ارادة المتعاقد المجيز اليها. وتكون الاجازة ضمنية اذا دلت عليها ظروف الحال. ومثال ذلك أن يتصرف المتعاقد في الشيء الذي انتقلت اليه ملكيته بعقد قابل للإبطال.

ويزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيهالعقد دون اخلال بحقوق الغير، فالاجازة اذن قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية وفقا لماسبق لنا بيانه. وتستند الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد، وهذا هو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للاجازة. ويذهب جانب من الفقهاء مع ذلك الى القول بأن هذا تعبير غير دقيق ذلك لأن العقد القابل للابطال صحيح ومنتج لآثاره الى أن يقضي بابطاله، وكل مايترتب على الاجازة هو زوال الخطر الذي كان يهدد العقد، ومن ثم فإن الاجازة لا تجعل العقد ينتج آثارا لم يكن ينتجها من قبل، ولكنها «تقتصر إلى تأييد هذه الآثار ومنع احتمال ازالتها مستقبلا». ولا يجب أن يترتب على «الأثر الرجعي للاقرار» اخلال بحقوق الغير. ويقصد بالغير هنا الخلف الخاص الذي

يتلقى حقا من المتعاقد الذي تقررت القابلية للبطلان لمصلحته. فلو باع القاصر عينا وبعد بلوغه سن الرشد أجاز هذا البيع ولكنه كان قد باع قبل الاجازة ذات المبيع مرة ثانية الى مشتر ثان، فإن الاجازة لا تنتج اثرها بالنسبة للمشتري الثاني الذي يكون له أن يتمسك بابطال البيع الأول لتخلص له بذلك العين المبيعة.

ب ـ **التقادم**: وأما عن التقادم فإنه يرد على دعوى البطلان المطلق كما يرد على دعوى المطالبة بالابطال. وقديما قيل أن التقادم لا يرد على دعوى المطالبة بالبطلان المطلق اذ كيف يمكن أن يتحول العدم إلى وجود. وكان هذا هو الرأي السائد في مصر قبل التقنين المدني الجديد. وأما الآن فإن الرأي السائد فقها وقضاء هو أن التقادم يرد على دعوى المطالبة بالبطلان المطلق. ويتأسس ذلك على ما ينبني عليه نظام التقادم بصفة عامة. فإذا كان الاساس الذي يقوم عليه نظامالتقادم هو حماية الأوضاع المستقرة، وكان العقد الباطل قد نفذ ولو في جزء منه وأراد أحد العاقدين أن يسترد ما أداه، فإن دعوى البطلان تتقادم هنا بمضي المدة (خمسة عشرة سنة) ذلك لأن تنفيذ العقد ولو كان باطلا ينشئ وضعا مستقرا فعليا يكون من المصلحة تأييده اذا استمر مدة طويلة.

وإذا كانت دعوى البطلان المطلق تتقادم بمضي المدة فإن الدفع بالبطلان لا يرد عليه تقادم. وينبني هذا على نفس العلة التي ينبني عليها تقادم

الدعوى. ذلك لأن الدفع بالبطلان يكون اذا كان العقد الباطل لم ينفذ كله أو بعضه، وطالب احد العاقدين الآخر بتنفيذ التزاماته المتودة عن هذا العقد فإن له أن يدفع بالبطلان حتى ولو كان قد مضى على انعقاد العقد أكثر من خمسةعشرة سنة، وفي هذا تأييد للوضع القائم واحترام للأساس الذي ينبني عليه التقادم.

وأما عن البطلان النسبي، فإن القانون المصري لا يفرق فيه بين الدعوى والدفع، وتتقادم دعوى المطالبة بالإبطال بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي تكتمل فيه الأهلية ـ إن كان سبب القابلية للابطال نقض الاهلية ـ ومن اليومالذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يزول فيه الإكراه. وتسقط دعوى المطالبة بالإبطال على أية حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم ابرام العقد. وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد وهذا يعني أن الحق في التمسك بالابطال ينقضي في كل هذه الحالات بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد. وأما بالنسبة للاستغلال كعيب من عيوب الإرادة فإن دعوى المطالبة بالابطال تسقط بمضي سنة من وقت ابرام العقد.

المبحث الثاني
نتائج البطلان

أثران يترتبان على الحكم بالبطلان. الأول منهما خاص بمسؤولية المتعاقد الذي قضي بالبطلان بسبب يرجع اليه، والثاني خاص بوجوب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد.

أولا: المسؤولية عن البطلان

إذا قضي بالبطلان وجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد وفضلا عن ذلك فإن المتعاقد الذي قضي بالبطلان بسبب يرجع إليه يجب عليه تعويض المتعاقد الآخر. فقد يرجع البطلان إلى سبب يأتي من أحد العاقدين دون أن يعلم به الطرف الآخر، فيكون في القضاء بالبطلان مفاجأة له تسبب له ضررا ويحق له المطالبة بالتعويض. ومثال ذلك الابطال بسبب نقص أهليته عن المتعاقد الآخر.

ويتأسس التعويض هنا على نظرية نادى بها الفقيه الألماني «أهرنج» وهي نظرية «الخطأ في تكوين العقد» Culpa in contrahendo وتقوم هذه النظرية على أن هناك التزاما يوجب على كل متعاقد متى أبرم عقدا ألا يوجد سبب من أسباب البطلان يرجع إليه. ومجرد تحقق البطلان بسبب يرجع الى احد المتعاقدين يكفي ليثبت به خطؤه ويلتزم بتعويض المتعاقد الآخر الذي يكون قد اطمأن الى صحة هذا العقد وأقام تعامله على ذلك. ولا

يعوض هنا الا عن المصلحة السلبية دون الإيجابية، والعقد الذي قضي بإبطاله هو الاساس الذي تبنى عليه فالمسؤلية إذن تكون عقدية لا تقصيرية.

ونحن نسلم بما يذهب اليه أنصار هذه النظرية في أن التعويض يكون عن المصلحة السلبية دون الإيجابية إذا ما قضي ببطلان العقد، ذلك لأن المسؤولية في حالة بطلان العقد ليس مبناها عدم تنفيذ العقد إذ لا خطأ في عدم تنفيذ عقد باطل. وانما اساس المسؤولية هوخطأ العاقد الذي يقدم على ابرام عقد مع تحقق سبب البطلان بعد ذلك من جهته، اذ انه بذلك يكون قد ساهم في ايجاد مظهر خداع اطمأن اليه المتعاقد الآخر. ويقتصر التعويض على الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر نتيجة لتوهمه صحةالعقد.

بيد أن مسؤولية العاقد الذي أخطأ عند تكوين العقد لا تنبني على قواعد المسؤولية العقدية، إذ أن من شروط تحقق هذا النوع من المسؤولية هو وجود عقد صحيح. ومن ثم فإن مسؤولية العاقد الذي يتحقق البطلان بسبب يرجع اليه تكون تقصيرية لا عقدية.

ثانيا آثار البطلان

يترتب على البطلان اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد ففي حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل، ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية اذا ابطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما

عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (المادة ١٤٢ مدني مصري) فالقاعدة أنه اذا تقرر بطلان العقد أو ابطاله يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد وكأن العقد لم يبرم بالمرة. وإذا استحال على أحد المتعاقدين ان يرد للآخر ما أخذه منه حكم عليه بالتعويض. وينبني التعويض هنا على قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية. وإذا كان العقد الذي قضي ببطلانه من العقود الزمنية فإنه يستحيل عندئذ اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك لأن الزمن عنصر أساسي في هذا النوع من العقود وما مضى من الزمن لا يعود، فالمنفعة التي استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها المؤجر وغالبا ما يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يأخذ حكمها قانونا، ومن ثم فإنه لا يكفله حق الامتياز المقرر لدين الأجرة.

ويرد على القاعدة الخاصة بوجوب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد قيدين اثنين:

القيد الأول: لا يلتزم ناقص الاهلية بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من فائدة

ولقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ٢/١٤٢ مدني فإذا قضي ببطلان العقد بسبب نقص أهلية احد المتعاقدين فإن ناقص الاهلية يسترد ما دفع تطبيقا للقواعد العامة. وأما عن المتعاقد الآخر فإنه لا يسترد من

ناقص الاهلية إلا بمقدار ما عاد عليه من فائدة إذ لا يلتزم ناقص الاهلية برد ما بدده فيما لا يعود عليه بفائدة حقيقية، بأن أنفقه مثلا في ملاذه أو ملاهيه أو في شراء أشياء غير مفيدة لا تتناسب وحالته الاجتماعية.

القيد الثاني: منع الرد للطرف الملوث

وهذا القيد محل شك كبير الآن في ظل القانون المدني ويرجع هذا القيد الى قاعدة رومانية انتقلت بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم ثم تأثر بها بعد ذلك شراح مجموعة نابليون وهي أنه لا يجوز للشخص ان يحتج بفحش صدر منه أو لا يجوز للإنسان أن يحتج بعمله الشائن أمام القضاء. فإذا كان العقد باطلا بسبب عدم مشروعية السبب أو المحل ونفذ أحد المتعاقدين التزاماته المتولدة عن هذا العقد، فلا يكون له أن يطالب الآخر بعد ذلك - اذا ما حكم بالبطلان - برد ما أداه له ذلك لأن القضاء بالرد يعني تمكينه من الاحتجاج بما صدر عنه من اثم. ولقد قيل في تبرير هذه القاعدة أن الشخص الملوث غير جدير بالحماية، وأن القضاء يجب أن ينزه عن النظر في أمثال هذه الدعاوي.

بيد أنه قد قيل في نقد هذه القاعدة أن الأخذ بها يؤدي الى تأييد الأوضاع المخالفة للقانون. واذا كان احد المتعاقدين هو الذي نفذ التزاماته الناتجة عن العقد الباطل والآخر لم ينفذ استحال على من نفذ ان يسترد ما أداه فيعاقب الأول ويثاب الثاني.

وأما في مصر فلم يرد لا في القانون المدني المصري القديم ولا في التقنين المدني نص مشابه للقاعدة الرومانية. وعند وضع مشروع تنقيح القانون المدني تضمن هذا المشروع نصا مشابها لهذه القاعدة ثم حذف هذا النص بعد ذلك «لأنه لا يتمشى مع منطق البطلان» ومن ثم فإنه لا محل لتطبيق القاعدة الخاصة بمنع الرد للطرف الملوث.

ثالثا: انتقاص العقد وتحوله

ا ـ انتقاص العقد

قد يكون العقد باطلا في شق منه وصحيحا في شق آخر. مثال ذلك اقتران الهبة بتكليف غير مشروع أو بيع يرد على عدة اشياء ويقع غلط في صفة جوهرية من صفات احد الاشياء دون الأشياء الأخرى. في مثل هذه الحالات يقع البطلان بالنسبة الى شق من هذا العقد دون الشق الآخر. فإذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فالذي يبطل هو الشق المعيب وحده ويصح الشق الآخر إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم لولا هذا الشق الذي أبطل.

بيد أن هناك أحوالا يتعين فيها عدم الاعتداد بارادة المتعاقد، ويبطل الشق المعيب من العقد فقط حتى ولو تبين أن المتعاقد الآخر ما كان ليبرم

العقد بغير الشق المعيب. وهذا ما يتحقق اذا كان في القضاء ببطلان العقد بأكمله اهدار للهدف المقصود من القاعدة القانونية التي تقرر البطلان جزاء للاخلال بها.

٦ـ تحول العقد

وإذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد، ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية اخذ بها القانون المدني المصري وتطبيقاتها محدودة. ومثالها عقد قسمة مال شائع اذا كان أحد الشركاء المتقاسمين ناقص أهلية، فإذا حكم بابطال هذا العقد بسبب نقص الأهلية، تحول هذا العقد إلى عقد قسمة مهيأة (قسمة انتفاع) إذا ثبت أن النية المحتملة للمتقاسمين كانت تنصرف إلى ذلك.

رابعا: نتائج البطلان بالنسبة للغير

تنصرف آثار البطلان الى العاقدين ويتعين على كل منهما أن يرد للآخر ما أخذه منه. وقد تنصرف آثار البطلان ايضا الى الغير. ويقصد بالغير هنا كل من يتعاقد مع المتصرف اليه في العقد على اكتساب حق متعلق بالشيء موضوع هذا العقد. فإذا كان العقد بيعا ثم قضي ببطلانه، وكان المشتري قد

اجر المبيع أو قرر عليه حقا عينيا للغير كحق ارتفاق او رهن فالأصل ان كافة ما يكون هذا المشتري قد أبرمه من تصرفات لا يحتج به في مواجهة البائع. وعلى ذلك فإن عقود الإدارة كالايجار تظل قائمة رغم بطلان سند تملك من صدرت منه اذا لم تكن تنطوي هذه العقود على شيء.

الفصل الثاني
وضع هذه المسألة في الفقه الإسلامي

يقسم جمهور الفقهاء العقد إلى صحيح وباطل، وأما فقهاء المذهب الحنفي فإنهم يقسمون العقد إلى صحيح وباطل وفاسد. وأما عن العقد الصحيح فإنه الذي توافرت له جميع أركانه من ارادة صحيحة غير معيبة صادرة ممن اكتملت أهليته، ومحل موجود وممكن ومشروع، وسبب لا تشوبه عدم المشروعية. والقاعدة أن العقد الصحيح يترتب عليه جميع آثاره وعلى كل طرف من أطرافه واجب تنفيذه لقوله سبحانه وتعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود». وينقسم العقد الصحيح إلى نافذ وموقوف.

أولا العقد النافذ والعقد الموقوف

يقال إن العقد النافذ هو العقد الصحيح الصادر ممن له الأهلية والولاية في ابرامه، فالعقد الصحيح النافذ هو الذي يصدر من البالغ الرشيد الذي له الولاية في ابرام هذا العقد، والأمثلة على ذلك كثيرة منها كافة عقود البيع أو الإيجار التي تجرى في حياتنا اليومية فمن يبيع عقارا مثلا مملوكا له يبرم عقدا صحيحا ونافذا متى كان كامل الأهلية. وأما إذا كان هذا العقار غير مملوك له فإن العقد مع كونه صحيحا إلا أنه غير نافذ أو بعبارة آخرى موقوف على اجازة المالك الحقيقي، فإن اجازه صح وإلا فلا، وأما عن العقد الموقوف فهو الذي يصدر ممن له الأهلية اللازمة لإبرام هذا العقد دون أن

تكون له ولاية اصداره، ومثال ذلك العقد الذي يصدر من الفضولي، ولا يرتب هذا العقد آثاره إلا اذا اجازه من له ولاية وإصداره فإن لم توجد هذه الاجازة بطل العقد وأما عن أكثر الفقهاء من غير الحنفية فإنهم يرون أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذا غير موقوف لأن من شروط ابرام العقود وصحتها ان يكون مصدرها له ولاية اصدارها.

ثانيا: أقسام العقد النافذ

وأما عن العقد النافذ فإنه ينقسم إلى لازم وغير لازم والعقد اللازم هو الذي لا يستطيع أي من طرفيه أن يتحلل منه بإرادته المنفردة أو الذي لا يقبل الفسخ مطلقا حتى اذا اتفق طرفاه على ذلك مثال ذلك الخلع والطلاق على مال. وأما عن العقد غير اللازم فهو الذي يستطيع أحد اطرافه بإرادته المنفردة العدول عنه مثال ذلك الكفالة فإنها لازمة بالنسبة للكفيل غير لازمة للمكفول له.

ثالثا: حكم العقد الباطل

ويكون العقد باطلا لتخلف ركن من أركانه كالإرادة أو المحل أو السبب والعقد الباطل لا وجود له شرعا بل يقال أنه والعدم سواء، ولا يترتب عليه أي اثر من آثاره وإذا نفذ هذا العقد، وجب بعد ذلك اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه وقبل تنفيذه، فلا يجب اذن أن يترتب

على العقد الباطل أي أثر من آثاره وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية وإذا لم يكن للعقد الباطل وجودا شرعيا إلا أنه موجود كواقعة مادية، وبهذه الصفة فإنه قد يترتب عليه بعض الآثار من ذلك انتقال تبعة حلال المبيع إلى المشتري إذا تسلم المبيع حتى اذا كان البيع باطلا، ومن ذلك ايضا عقد الزواج فإنه سواء أكان باطلا أم فاسدا - ذلك لأن بطلان الزواج وفساده في المذهب الحنفي، سواء بسواء ليس له وجود شرعي ومع ذلك فإنه إذا اقترن به دخول يثبت به النسب وتجب به العدة ويدرأ به الحد.

رابعا: العقد الفاسد:

يميز فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والفاسد ويكون العقد باطلا إذا تخلف فيه ركن من أركانه ويكون فاسدا إذا تخلف فيه شرط من شروط صحته، ومن ثم فإن التفرقه بين العقد الباطل والفاسد لدى فقهاء الحنفية تقوم على التفرقة بين أصل العقد ووصفه، فأصل العقد هو الركن وشرائطه، وأما من أوصاف العقد فأغلبها يرجع إلى المحل كما إذا دخله غرر أو اصابته جهالة. بيد أن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الباطل والفاسد ويعطون الاثنين حكما واحدا.

مقارنة بين نظام البطلان وفقا للتشريعات الوضعية والبطلان في الفقه الإسلامي

لا يعرف فقهاء المسلمين إذن التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وذلك خلافا لما ذهبت اليه الكثير من التشريعات العربية التي بنيت فيها الكثير من الأحكام على التفرقة بين هذين النوعين من أنواع البطلان. ويمكن القول أن نظرية البطلان قد ارتقت في الفقه الإسلامي عن الفقه والتشريع سواء في أوروبا أو بعض التشريعات العربية، ففيها يتدرج العقد من حيث صحته إلى صحيح وباطل وفاسد وفقا لما يذهب اليه الحنفية وينقسم العقد الصحيح إلى نافذ وموقوف.

وينقسم العقد الموقوف بدوره إلى لازم وغير لازم وليس لهذا التقسيم المحكم نظير في الفقه الغربي. وأما عما يقوله بعض كبار الباحثين أن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي لم يعرض اصحابها لبيان الوقت الذي يجب فيه أن يجيز من له الولاية العقد الموقوف فإن هذا القول مردود عليه بإن التقادم أو عدم سماع الدعوى كريه لدى فقهاء المسلمين، وإن اجازوا التمسك بعدم سماع الدعوى أو عدم قبولها بمرور الزمان. وينطبق على اجازة العقد الموقوف عندئذ ودعوى البطلان أو عدم النفاذ ما قبل به بصدد نظام عدم سماع الدعوى.

الباب الرابع
آثار العقد

خطة البحث

ينشئ العقد التزامات على عاتق طرفيه ـ إذا كان ملزما للجانبين ـ ويجب على كل متعاقد أن ينفذ العقد طبقا لما هو وارد به وبطريقة تتفق وحسن النية الواجب توافره في المعاملات. وهذا هو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد. ولتحديد مضمون الرابطة العقدية وما ينشئه العقد من التزامات على عاتق كل طرف من أطرافه فإنه لابد أولا من تفسير العقد واذا كان العقد ملزما لاطرافه بما هو وارد فيه فإنه لا يلزم بحساب الأصل غير أطرافه. ومع ذلك فقد تنصرف آثار العقد الى الخلف العام والخاص لكل منهما.

وسوف نبدأ أولا بدراسة آثار العقد من حيث الموضوع، ثم نلى ذلك بدراسة آثار العقد من حيث الأشخاص.

الفصل الأول
آثار العقد من حيث الموضوع

المبحث الأول
وضع هذه المسألة في التشريعات الوضعية

يقصد بتفسير العقد تحديد ما انصرفت إليه ارادة كل من المتعاقدين والقاعدة أنه اذا كانت عبارات العقد واضحة فإنه لا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها. فالأصل أن العبارة الواضحة تعبر بصدق عما أراده فعلا كل من المتعاقدين ومن ثم فإن دور القاضي يقتصر على وضع هذه العبارات موضع التنفيذ. وعلى ذلك فقد يقام الدليل على أن العبارات المستخدمة في العقد مع وضوحها إلا أنها لا تعبر بصدق عن النية الحقيقية للمتعاقدين. وهنا يظهر التعارض بين كل من الإرادة الداخلية والإرادة الخارجية. ويبدو واضحا تغليب المشرع في كثير من البلدان العربية (مصر) للإرادة الخارجية أو الظاهرة. وهي الإرادة التي يمكن الوقوف عليها من العبارات المستخدمة في العقد متى كانت هذه العبارات واضحة بما لا يترك مجالا للشك فيما انصرفت اليه ولقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تعليقا على المادة ٢١٥/١ من المشروع وهي المقابلة للمادة

. ١٥٠/١ مدني أنه إذا وجب الوقوف عند ارادة الطرفين المتعاقدين فإن هذه الإرادة الشخصية لا يمكن استخلاصها إلا بوسائل موضوعية أو مادية من عبارات العقد ذاتها. فإذا كانت هذه العبارات واضحة تعين أعتبارها تعبيرا صحيحا عن الارادة المشتركة للطرفين، ولا يمكن الانحراف عنها للبحث بطرق التفسير عن حقيقة ارادة الطرفين، وهذا مبدأ يجب اتباعه بصرامة لأن استقرار المعاملات يقتضيه وهذا يعني أنه اذا كانت عبارات العقد واضحة فهذا يدل على تطابق التعبير عن الإرادة والنية الحقيقية للمتعاقدين. ولا يجوز تبعا لذلك للقاضي أن ينحرف عن هذه العبارات الواضحة بدعوى تفسيرها. ولقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأن «مفاد المادة ١٥٠/١ مدني أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الاصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضي اذا ما اراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك.» وكذلك فقد قضى بأنه إذا التزم القاضي بالعبارات الواضحة الواردة في العقد، فإنه لا يلتزم بإيراد أسباب التفسير. ومع ذلك فإنه قد يبدو أن هذه العبارات الواضحة لا تعبر بصدق عن النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين وعندئذ يجب على القاضي أن يبحث هذه النية ويلزم المتعاقدين بما انطوت عليه ارادتهما لا بالمعني

الواضح لتلك العبارات.

وأما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، فهنا يبدو الأمر اكثر دقة. وعلى القاضي أن يجهد ذهنه بغية الوقوف على النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ، وعليه أن يستهدي في ذلك بما يوجبه التعامل من أمانة وثقة بين المتعاقدين وبطبيعة التعامل وفقا للعرف الجاري في المعاملات. فعلى القاضي أن يفسر العبارات الغامضة الواردة في العقد بما يتفق وطبيعته، وبما يجب توافره في المعاملات من أمانة وثقة. وإذا كان البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين هو بحث عن أمور ذات صبغة شخصية حدد القانون وسائل الوصول إليها بمعايير موضوعية إلا أن كل هذه المعايير ليست واردة على سبيل الحصر ولكنها على سبيل المثال فقط.

ويلاحظ أن العبارات الواردة في أي عقد من العقود يكمل بعضها بعضا، فلا يجوز أن يفسر شرط من شروط العقد بمعزل عن غيره، بل يجب النظر إلى الشروط جميعا عند تفسير أي منها.

تفسير الشك لمصلحة المدين

قد يعجز القاضي عن استجلاء النية المشتركة للمتعاقدين، ويظل الشك محيطا ببعض شروط العقد، وعندئذ يجب على القاضي أن يفسر الشك لمصلحة المدين. وتنبني هذه القاعدة على الاعتبارين الآتيين:

١ـ إنه اذا كانت عبارات العقد غامضة أو أصاب الغموض بعض منها، فإن هذا يعني أن الدائن قد أراد أن يحمل عبارات العقد وشروطه أكثر من معنى، فلا يكافأ هذا الدائن على ذلك ولكن يفسر الشك لمصلحة المدين إلا إذا كان العقد من عقود الإذعان، إذ يفسر الشك عندئذ لصالح الطرف المذعن سواء أكان هذا الطرف دائنا أو مدينا.

٢ـ الأصل في الإنسان هو براءة الذمة، فإذا لم تكن عبارات العقد غامضة وجب أن يفسر الشك فيها لمصلحة المدين لا الدائن.

وإذا كان العقد ملزما لجانبين، فإن كل طرف من أطرافه يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت. ويفسر الشك عندئذ لمصلحة المدين بالشرط الذي صار الشك حول تفسيره. ويقصد المدين بالشرط هنا هو كل ما يلقى عليه الشرط عبئا، فإذا كان العقد بيعا، فالقاعدة أن البائع ضامن لتعرضه الشخصي سواء كان هذا التعرض ماديا أم قانونيا. وأما بالنسبة لتعرض الغير فلا يضمن البائع هذا التعرض إلا إذا كان قانونيا. فإذا تعرض أحد للمشتري في انتفاعه بالمبيع مدعيا أن له على المبيع حق ارتفاق مثلا فإن هذا التعرض القانوني، الذي يضمنه البائع. وهذه القواعد السابقة ليست من النظام العام، بمعني أنه يجوز الاتفاق على تشديد أحكام الضمان أو

التخفيف منها. فإذا اتفق على ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير حتى ولو كان هذا التعرض ماديا، وكان هذا الاتفاق واضحا لا لبس فيه ولا غموض وجب على القاضي اعماله. وأما اذا شاب هذا الاتفاق غموض ولم يستطع القاضي مستعينا بكافة وسائل التفسير وطرقه الوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين، وجب عليه عندئذ أن يفسر الشك لمصلة المدين بالشرط، ومن ثم وجب أن يفسر الشك لمصلحة البائع اذ هو المدين بالشرط.

المبحث الثاني
وضع هذه المسألة في الفقه الإسلامي

للفقه الإسلامي نزعته الموضعية والعبرة فيه غالباً تكون للإراداة الظاهرة وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي والتشريعات الغربية ذات النزعة الموضوعية من ذلك التشريعات الجرمانية حيث الاعتداد فيها بالارادة الظاهرة ويقترب القانون المدني المصري كثيراً من ذلك وإن أخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها La Volonte réconnaissable ومن أجل ذلك يقف الفقه امام العبارات والالفاظ المستخدمة ويحللها تحيلاً دقيقاً ليصل من وراء هذا البحث إلى المعني والارادة المشتركة التي انصرفت إليها نيه المتعاقدين. ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى إن العبرة بنية المتعاقدين، وقالوا تأييداً لذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من إن الامور بمقاصدها، وهذا يعني إن الحكم الذي يترتب على أمراً يكون على مرتضي ما هو مقصود بالأمر. ومع ذلك

فإن هذه المقاصد أو النوايا يجب استنتاجها من خلال العبارات والالفاظ المستخدمة في العقد. ومن ذلك ايضاً ما جاء بالمادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية من ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء لإن هذا هو حقيقة ما اتجهت اليه النية من خلال العبارات المستخدمة.

وكذلك فإن للقاعدة الخاصة بتفسير الشك لمصلحة المدين جذور في الفقه الإسلامي ذلك لإن الأصل هو براءة الذمة، وما دام إن ذلك هو الأصل فانه لا يزول إلا بيقين مثله، والأصل أيضا هو بقاء ما كان على ماكان حتى يأتي بيقين ما يغيره ، والبراءة سابقة على المديونية واستصحاب الوضع القائم الذي لا يتغير إلا إذا ثبت بيقين ما يغيره، فإن مقتضي هذه القاعدة أيضاً أن الشك يجب ان يفسر لمصلحة المدين.

المبحث الثالث
تحديد مضمون العلاقة العقدية

لا يلزم العقد أطرافه فقط بما هو وارد فيه، ولكنه يلزمهم أيضا بكل ما هو من مستلزماته طبقا للعرف والعدالة والقانون.

ويلاحظ أن تفسير العقد يقصد به كما قلنا الوقوف على النية الحقيقة للمتعاقدين، في حين أن تحديد مضمون العقد لا يقصد به ذلك فقط، بل

يضيف القاضي إلى ما هو ملزم في العقد كل ما يعتبر من مستلزماته طبقا للقانون والعرف والعدالة.

ولقد قرر القضاء أن بعض العقود تشتمل على ما يسمي (الالتزام بضمان السلامة) ومن هذه العقود - بل لعله أهمها - عقد نقل الأشخاص. فعلى الرغم من خلو هذا العقد عادة من هذا الالتزام، اذ قلما يتفق عليه أطرافه، إلا أن القضاء قرره في هذا العقد. ولا يمكن للناقل الادعاء بأنه قد نفذ التزاماته المتولدة عن هذا العقد إلا إذا أوصل المسافر سليما ومعافى إلى مكان الوصول، فان أوصله مصابا بجروح فانه لا يكون قد نفذ التزامه. فهذا الالتزام من صنع القضاء وخلقه ولكنه يتفق وعقد النقل ومن ثم فان هذا العقد يعتبر مشتملا عليه.

ويتحدد مضمون العلاقة العقدية في الفقه الإسلامي ونطاقها بما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين فالعقد شريعة المتعاقدين إلا ما خالف حكماً قطعياً في الشريعة الاسلامية والمسلمون عند شروطهم. وقد يصل المتعاقدان في اتفاقهما لا إلى حد تعديل العقد فحسب، بل إلى حد التقابل منه أيضا. ولا توجد نظرية عامة للعقد فى الفقه الإسلامي، بل هي أحكام مبعثرة وردت فى ثنايا كتب الفقه خاصة فى عقد البيع، والبيع في حد ذاته ناقل للملك فى الفقه الإسلامي خلافاً للتشريعات الوضعية العربية والفقه الغربي والتي لا ينشأ البيع فيها سوى التزام بنقل الملكية على عاتق البائع. ومع ذلك

فقد يتوقف انتقال الملك فى بعض العقود على اجراء آخر كالقبض في عقد الهبه مثلاً ومن ذلك ما جاء في الهداية (فتح القدير ح٧ ص١١٣ - ص١١٧) القبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنه لا تجوز الهبه إلا مقبوضة. ولما كان المشتري يملك المبيع بالبيع لا بالقبض، فإن له ثمره ونماؤه من وقت البيع ما لم يتفق اطرافه على عكس ذلك وهذا الحكم هو ما أخذ من المشرع المصري. وقال الحنفية تبريراً لذلك أنه يملكها تبعا لملكيته للأصل، وإذا تسلم المشتري المبيع وأفلس البائع أو المشتري بقي الملك للمشتري، وأما إذا لم يتسلم المشتري المبيع وأفلس فللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن. ومع ذلك فقد ذهب الشافعية والحنابلة خلافاً لما يذهب اليه المالكية من أنه لا يحق للمشتري ولو أنه قد صار مالكاً بالبيع أن يتصرف في المبيع قبل القبض. ويتحدد في الفقه الإسلامي مضمون العلاقة العقدية بما تنصرف إليه ارادة المتعاقدين، وما يتفق وطبيعة المبيع والغرض المقصود منه ولا خلاف في ذلك بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي.

المبحث الرابع
القوة الملزمة للعقد

العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما. ويمكن أن يقال بعبارة أخري أن العقد قانون عاقديه. ويلاحظ مع ذلك أن تنفيذ

العقد يجب أن يراعي فيه مقتضيات حسن النية. فالمستأجر الذي يقوم باجراء ترميمات ضرورية في العين المؤجرة على نفقة المؤجر عليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وعليه أيضا ألا يغالي في التكلفة. والمقاول الذي يتعهد بتوصيل الأسلاك الكهربائية الى مجمع سكني عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن.

فعلى كل متعاقد أن ينفذ التزاماته وفقا لما هو وارد في العقد. ولا يستطيع التحلل من التزاماته بدعوي أن ضرراً ما سيصيبه أن هو نفذ ما هو ملتزم به، أو أنه سيصاب بخسارة جسيمة بسبب هذا التنفيذ.

ومع ذلك تنص المادة ٢/١٤٧ مدني مصري أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسار فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الح المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» فإذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢/١٤٧ مدني جاز للقاضي أن يتدخل ليعيد من جديد التوازن المالي بين المتعاقدين (نظرية الظروف الطارئة).

أولا أساس هذه النظرية وشروط تطبيق الحكم المنصوص عليه في المادة نظرية الظروف الطارئة

ا ـ أساس هذه النظرية

يرجع أصل هذه النظرية إلى فقهاء القانون الكنسي، إذ هم يحرمون بصفة عامةالغبن في العقود سواء وقع هذا الغبن عند ابرام العقود أو عند تنفيذها، ولقد ذهب بعد ذلك جانب من الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن أساس هذه القاعدة هو شرط ضمني في العقد مقتضاه أن تنفيذ العقد وفقا لما هو متفق عليه مرتبط بوجوب بقاء الظروف التي أبرم فيها هذا العقد على ما هي عليه. فإن تغيرت هذه الظروف وجب اعادة النظر في هذه العلاقة العقدية وشروطها، ومع ذلك فإن تأسيس هذه النظرية على مثل هذا الافتراض تعرض لنقد شديد فالافتراض حيلة ومجاز يناهضه الواقع. وبغير تدخل تشريعي يصعب أعمال هذه النظرية.

ومع ذلك فقد طبقها القضاء الإداري في فرنسا في قضية غاز «بوردو» ثم كانت هناك بعد ذلك محاولات للأخذ بها في فرنسا في نطاق المعاملات المدنية.

وأما في مصر فقد استقر قضاء محكمة النقض في ظل التقنين الملغي الى رفض الأخذ بها وذلك على أساس أنه «ليس في أحكام القانون المدني القديم ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد بل أن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين».

بيد أن المشرع المصري قد آثر الأخذ في التقنين المدني الجديد بنظرية الظروف الطارئة مستجيبا في ذلك لاعتبارات العدالة ـ وذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢/١٤٧ مدني.

ك ـ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الشرط الأول: يجب أن يتراخى تنفيذ العقد بغير خطأ من المدين

فإذا لم يتراخى تنفيذ العقد عن وقت ابرامه، فلا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. ويجب ان يتراخى التنفيذ بغير خطأ من المدين. والمجال الخصب لأعمال نظرية الظروف الطارئة العقود الزمنية كعقد التوريد أو العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقود المقاولة. فإذا تعهد مقاول باتمام عمل معين في ميعاد ما ثم تراخى في تنفيذه عن الميعاد المتفق عليه وكان ذلك بخطأ منه، فليس لهذا المقاول الادعاء بأن حادثا ما قد وقع حتى ولو ترتب عليه أن صار التنفيذ مرهقا ليتوصل بذلك إلى انقاص التزاماته أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الحادث الذي وقع استثنائيا وغير متوقع وعاما

فإذا كان الحادث خاصا بالمدين فقط كافلاس المدين أو اضطراب شؤونه المالية فإن ذلك لا يعد حادثا طارئا. وإذا كان الحادث متوقعا فإنه يكون

غالبا غير استثنائي. ومثال الحادث الاستثنائي العام وغير المتوقع الحرب أو الزلزال أو فيضان أو انتشار وباء أو أن يصدر المشرع قانونا يترتب عليه ارتفاع استثنائي في الأسعار أو خفض استثنائي فيها. ويكون الحادث متوقعا أو غير متوقع تبعا لما يراه الشخص المعتاد اذا وجد في نفس ظروف المدين. فالمعيار اذن موضوعي لا شخصي. ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «تشترط المادة ٢/١٤٧ مدني لاجابة المدين الى طلب رد التزاماته بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذي يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق ان تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحدوث وقت التعاقد، والمعيار في توافر هذا الشرط ـ طبقا لما جرت به عبارة المادة سالفة الذكر ـ هو ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصولها لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه».

الشرط الثالث: ويشترط ان يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة

وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ١٤٧ مدني. والحادث الطارئ لا يترتب عليه أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا بالنسبة للمدين بل مرهقا له فقط. وفي هذا يختلف الحادث الطارئ عن القوة القاهرة.

ولا يكفي أن يترتب على ما جد من حادث صيرورة التنفيذ مرهقا فقط

للمدين بل يجب أن يترتب عليه أن يهدد التنفيذ المدين بخسارة فادحة. والمعيار هنا موضوعي ينظر فيه الى الصفقه ذاتها مقاسه بظروف المدين العادي ، ولو كان في ظروف المدين الخاصة من فقر او ثراء ما يؤدي الى ان يترتب على الحادث ارهاق له او ما لا يؤدي الى ذلك ، فلا شأن لذلك كله في تحديد ما اذا كان الحادث الذي وقع يعتبر ظرفا طارئا ام انه لا يعتبر كذلك ، ولقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بان « نص المادة ٢/١٤٧) من القانون المدني يستلزم في الارهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطاريء ان يكون من شأنه تهديد المدين بخساره فادحه » وأما اذا لم يترتب على هذا الحدث العام الاستثنائي غير المتوقع الا إصابة المدين بخسارة معقولة وغير فادحة ، فلا مجال لاعمال الحكم المنصوص عليه في المادة ١٤٧ مدني .

الشرط الرابع : ويشترط أن يترتب على هذا الحادث أن يصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة :

وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ١٤٧ مدنى . والحادث الطارىء لا يترتب عليه أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا بالنسبة للمدين بل مرهقا له فقط . وفي هذا يختلف الحادث عن القوة القاهرة .

ولا يكفى أن يترتب على ما جد من حادث صيرورة التنفيذ مرهقا فقط للمدين ، بل يجب أن يترتب عليه أن يهدد التنفيذ المدين بخسارة فادحة .

والمعيار هنا ليس شخصيا ينظر فيه الى شخص المدين بل هو معيار موضوعى ينظر فيه الى الصفقة ذاتها مقاسة بظروف المدين العادى . ولو كان في ظروف المدين الخاصة من فقر أو ثراء ما يؤدى أن يترتب على الحادث ارهاق له أو ما لا يؤدى الى ذلك ، فلا شأن لذلك كله في تحديد ما اذا كان الحادث الذى وقع يعتبر ظرفا طارئا أم أنه لا يعتبر كذلك .

ولقد قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن « نص المادة ١٤٧/ ٢ من القانون المدنى يستلزم في الارهاق الذى يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارىء أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة » وأما اذا لم يترتب على هذا الحدث العام الاستثنائى غير المتوقع الا اصابة المدين بخسارة معقولة وغير فادحة ، فلا مجال لأعمال الحكم المنصوص عليه في المادة ١٤٧ مدنى .

٣ - سلطة القاضي اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٧ مدني (الحادث الطارىء) .

متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٧ مدني « جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » فلا يقضي القاضي اذن بفسخ العقد ، ولكنه يرد فقط التزام المتعاقد المرفق الى الحد المعقول . وقد يكون في وقف تنفيذ العقد مؤقتا إلى أن يزول ما ترتب على الحادث الطارئ من أثر ما يكفى

لرد التزام المتعاقد المرهق الى الحد المعقول . وقد يرى القاضي توزيع ما طرأ من زيادة في سعر المواد الخام التي التزم المدين بتوريدها للدائن بين كل من المدين والدائن بحيث يتحمل المدين الزيادة المعقولة في الاسعار واما الزيادة غير المعقوله والتي تهدد المدين بخسارة فادحه ، فهي التي توزع مناصفة - مثلا بين كل من الدائن والمدين . وقد يرى القاضي إنقاص التزام المتعاقد المرهق ، فإذا التزم مورد بتوريد كمية معينة من السكر ثم حدثت حرب ترتب عليها ارتفاع كبير في اسعار هذه السلعه ، جاز للقاضي ان ينقص - مثلا - الكمية التي التزم المورد بتوريدها الى النصف ، وقد يكون في هذا ما يكفي لرد التزام المتعاقد ولا يجوز الاتفاق على سلبها منه .

وأما عن الفقه الاسلامي فانه لم يعالج ولم يضع نظريه عامه للظروف الطارئه وذلك خلافا لما عليه الحال في كثير من التشريعات الوضعيه ، ولعل السبب في ذلك ان فقهاء المسلمين لم يكن لديهم ميل الى التعميم والتنظير ، بل كانوا ينظرون الى كل حالة على حده ويضعون لها حكمها ، ولم تكن القوه الملتزمه للعقد قد بولغ فيها لديهم مبالغه تدعو الى البحث عن وسيله فنيه للتخلص أحيانا منها ، واما في الفقه الاسلامي حيث مقتضيات العداله هي السائده فلم تكن هناك حاجة الى وضع هذه النظريه ومع ذلك فقد عرف فقهاء المسلمين تطبيقات متعدده لهذه النظريه في بعض المسائل ، منها : الاعذار في عقد الايجار ، والجوائح في بيع الثمار . ولقد توسع فقهاء المذهب الحنفي ، وتشدد فقهاء الحنابله في الاعذار التي يفسخ بها

عقد الايجار وقد ترجع هذه الاعذار الى المستأجر او الى المؤجر او الى العين المؤجره . ومن الاعذار التي ترجع الى المستأجر والمبرره للفسخ افلاسه ، او انتقاله من الحرفه التي يزاولها إلى حرفه اخرى ، فان هذا الغدر يكون مبررا للفسخ واما في العذر في جانب المؤجر فان مثله ان يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجره ، والعذر هو أمر غير متوقع وقت الايجار وفي هذا يتفق العذر والحوادث الطارئه ،ويختلف عن الحادث الطاريء في ان هذا الاخير لا يمكن توقعه ويتفق معه في انه لا يترتب على العذر كما لا يترتب على الحادث الطاريء ان يصبح التنفيذ مستحيلا بل مرهقا فقط ، وهذا هو ما اكده الحنابله فلا تفسخ الاجازه عندهم الا اذا أوجب خللا او عيبا في المتعذر عليه تنقضي به المنفعه او يتعذر استيفاء المنفعه تعذرا شرعيا .

واما عن الجائحة فهي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد او آفه كالتعفن والعطش ، والجائحة في المذهب الحنبلي هي كل افه لا صنع للادمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش ويجيز الحنابله انقاص الثمن للجائحه .

ويكاد ان نقترب بهذين التطبيقين في الفقه الاسلامي من نظرية الظروف الطارئه التي اسسها الفقه والفقهاء في الدول الاوربية ثم انتقلت بعد ذلك الى الكثير من التشريعات العربية .

المبحث الخامس

جزاء الاخلال بالقوة الملزمه للعقد (الفسخ)

خطة البحث :

قلنا فيما سبق ان بطلان العقد جزاء على تخلف ركن من اركان العقد واما اذا تخلف فقط شرط من شروط الصحة فان الجزاء ليس هو البطلان المطلق ولكن البطلان النسبي او القابلية للبطلان فقط . وللتفرقه بين كل من البطلان المطلق والنسبي أهمية كبيرة أنبأ عنها فيما سبق . وأما اذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته المتولده عن العقد ، فالجزاء هو الفسخ . ولذلك يقال ان الفسخ جزاء عن الاخلال بالتنفيذ او عدم التنفيذ اصلا . وسوف نبدأ اولا بدراسة الاساس الذي ينبني عليه الفسخ ، ثم نلي ذلك ببيان شروط المطالبه به ،وكيف يقرر الفسخ وأخيرا الاثر الذي يترتب عليه .

المطلب الاول

أساس الفسخ

لم تلق نظرية الفسخ قبولا سهلا لدى فقهاء القانون . فالاصل هو وجوب ان ينفذ المدين التزامه ، فان رفض بعد ذلك أجبره الدائن على التنفيذ ثم ما لبث المشتغلون بالقانون بعد ذلك ان اعطوا للقاضي الحق في ان يقضي بالفسخ اذا ما أخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وكان الدائن غير راغب في التنفيذ العيني . ولقد ذهب جانب من الفقهاء الى القول بان اساس

الفسخ هو ما يسمى يالشرط الفاسخ الضمني ، ويذهب هؤلاء الى القول بان كل عقد يحتوي على هذا الشرط . ولو صح هذا القول لوقع الفسخ بقوه القانون اذا ما اخل اي من المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . ولما كان الفسخ لا يقع بقوة القانون بل يتقرر قضاء ، فلا يصح الاخذ بالشرط الفاسخ الضمني اساساً للفسخ .

وذهب آخرون الى القول بان اساس الفسخ ليس هو الشرط الفاسخ الضمني بل « نظرية السبب » وعلى رأس هؤلاء في فرنسا الاستاذ الفرنسي « كابتيان » فسبب التزام كل متعاقد في العقود الملزمه لجانبين ليس هو الالتزام المقابل بل هو تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزامه . وبهذا تنتقل نظرية السبب من « الانعقاد » الى «التنفيذ » في حين ينتقد آخرون الرأي السابق ويؤسسون الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتبادله في العقود الملزمه لجانبين ، فاذا كان العقد ملزما لجانبين ولم يقم احد طرفيه بتنفيذ التزاماته المتولده عنه ، فمن العدل الا ينفذ المتعاقد الاخر التزاماته المتولده عن هذا العقد بصفه موقته (الدفع بعدم التنفيذ) كما أن له ايضا ان يتحلل من هذا العقد بصفه نهائية عن طريق « الفسخ» .

المطلب الثاني

شروط المطالبه بالفسخ

الشرط الاول : لا يكون الفسخ الا في العقود الملزمه لجانبين: فالفسخ لا يقع الا بالنسبه للعقود الملزمه لجانبين . والفسخ يرد على هذه العقود جميعا سواء اكان العقد ملزما لجانبين من عقود المدة او كان عقدا فوريا مع اختلاف الاثر الذي يترتب على الفسخ في كل منهما ، فالفسخ في العقود الزمنية لا يكون له اثر رجعي ، اذ يتدخل الزمن في هذا النوع من أنواع العقود بصفة أساسية في تحديد كم الالتزام ، والزمن الذي يمضي لا يعود. فاذا كان العقد ملزما لجانبين ؛ كان الارتباط قائما بين التزام كل متعاقد والتزام المتعاقد الآخر . وأما اذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعه بغير اجر مثلا ولم ينفذ المودع لديه التزاماته المتولده عن هذا العقد لم يكن للمودع أية مصلحة في طلب الفسخ اذا لا التزام يقع عليه ليتحلل منه ، ولكن مصلحته تكمن في مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته .

الشرط الثاني : لا يكون الفسخ الا اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، فالفسخ جزاء على الاخلال بالتنفيذ ، ومن ثم فانه لا يقضي به الا اذا لم اخذ المتعاقدين بتنفيذ التزاماته المتولده عن العقد ، أو قام بهذا التنفيذ على نحو معيب . وأما اذا استحال على احد المتعاقدين - اذا كان العقد ملزما لجانبين بطبيعة الحال - تنفيذ التزاماته وكان ذلك بسبب اجنبي

لا دخل لارادته فيـه ، انفسخ العقد بقـوة القانون . وثمـة تفرقـة بين الفسخ والانفسـاخ ، فالفسخ لا يقع - بحسب الاصل - بقوة القانون ولكنه يترتب جزاء على اخلال احد المتعـاقدين بتنفيـذ التزامه في حين ان الثـاني يقع بقـوة القانون اذا استحال على احد المتعـاقدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبي لا دخل لارادته فيه .وعلى المدين - الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه بسبب اجنبي - تقع تبعـة الهلاك . واذا كـان العقـد ملزما لجانبين وانقـضى التزام احد الطرفين باستحالة التنفيذ بسبب اجنبي ، فـان الالتـزام المقابل ينقـضي هو الآخر تبعا لانقضائه .

ولتحديد من الذي تقع عليه تبعه الهلاك اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، فانه يتعين التفرقة بين تبعة الشيء وتبعة العقد .

والاصل في تبعـة الشيء انها على مـالكه ، ولذلك يطلق عليـها احـيانا تبعة الملك ؛ فـاذا هلك الشيء بقوة قاهرة تحل المالك الخسـاره التي تتمثل في ضـيـاع قـيـمـة الشيء بهـلاكـه ، وهذا ايضـا هو مـا يتـفق واحكام الفـقـه الاسلامي.

وأما عن تبعة العقد، فان الامر فيها يختلف تبعا لما اذا كان العقد ملزما لجانب واحد او ملزما لجانبين ، فـاذا كان القد ملزمـا لجانب واحد - كـالوديعه بدون اجـر - وهلك الشيء المودع بسـبب اجنبي لا دخل لارادة احـد فـيــه ، انفسخ عـقد الوديعه ؛ وعلى الدائن تقع تـبعـة الهـلاك ، وامـا اذا كـان العـقد ملزما لجانبين ، فـان تبعـة هلاك الشيء تقع على عاتق المدين الذي استـحال

عليه تنفيذ التزامه وذلك لانه سيفقد ما كان له من حق قبل المتعاقد الآخر . وقد تجتمع التبعتان - تبعة العقد وتبعة الشيء - في شخص واحد ، وقد لا تجتمعان . ففي عقد الايجار - مثلا - اذا هلكت العين المؤجره قبل نهاية المدة المحددة للايجار ، فعلى المؤجر تقع تبعة العقد بوصفه مدينا بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين الموجره ؛ فاذا هلكت العين المؤجرة قبل نهاية مدة الايجار ، فانه لا يستطيع مطالبة المستأجر بالاجرة الخاصة بالمدة الباقية وعلى المؤجر تقع أيضا تبعة الملك بوصفه مالكا للعين المؤجره .

وتختلط تبعة الشيء وتبعة العقد اذا كان العقد الملزم لجانبين من عقود المعاوضه . والمثال التقليدي على ذلك هو عقد البيع ، فلو هلك المبيع تحت يد البائع وقبل ان يتسلمه المشتري أو ان يعذره بذلك حتى ولو كانت ملكية المبيع قد انتقلت بالبيع الى المشتري ، فعلى البائع تقع تبعة الهلاك ، ذلك لانه مدين بالتسليم . وأما اذا طبقنا قاعدة تبعة الشيء فعلى المشتري تقع تبعة الهلاك اذ انه المالك .

ولقد غلب المشرع الفرنسي الاخذ بالقاعدة الخاصة بتبعة الشيء (المبيع) وأما في مصر ، فلقد غلب المشرع المصري الاخذ بقاعدة تبعة العقد . وربط المشرع بين تبعة الهلاك والتسليم . فاذا هلك المبيع قبل التسليم وكان ذلك بسبب اجنبي لا دخل لارادة البائع او المشتري فيه ، انفسخ البيع وعلى البائع تقع تبعة الهلاك اذ هو المدين بالتسليم ؛ والالتزام بالتسليم - وهو الالتزام الذي تقع على عاتق البائع - يعتبر التزاما اصليا لا ثانويا . ولقد نصت

على هذا الحكم صراحة المادة ٤٣٧ مدني مصري والتي تقضي بأنه « اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ؛ الا اذا كان الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع » .

الشرط الثالث : ولا يكون الفسخ الا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وقادرا على إعادة الحال الى أصلها . فلا يقضي بالفسخ الا اذا كان طالبه مستعدا لتنفيذ التزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام ، ويترتب على الفسخ - اذا ما قضى به - اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . ومن ثم فانه يجب ان يكون المطالب به قادرا على رد ما اخذ . فاذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئا بموجب العقد ، ثم باعه لاخر ، فانه لا يستطيع المطالبة بالفسخ ، ذلك لان الالتزام بالضمان يمنعه من الفسخ .

المطلب الثالث

كيف يتقرر الفسخ

الأصل هو أن الفسخ لا يتقرر بارادة الدائن فيه ، وانما على طالب الفسخ ان يلجأ الى القضاء ليستصدر حكما بذلك . ومع ذلك فقد يتفق في العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه وبغير حاجة الى حكم اذا ما اخل احد المتعاقدين بتنفيذ اي من التزاماته المتولدة عن العقد (الفسخ الاتفاقي) .

وعلى الدائن طالب الفسخ واجب اعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ ،

وسوف نعرض اولا للاعذار كشرط للمطالبه بالفسخ ، ثم نلي ذلك بدراسة الفسخ القضائي ؛ واخيرا الفسخ الاتفاقي .

اولاً : الاعذار :

تنصف المادة ١٥٧ مدني مصري على أنه « في العقود الملزمه لجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى » ويبدو مما تنص عليه المادة ١٥٧ مدني ان الاعذار ضروري قبل المطالبه بالفسخ . بيد ان هذا قول غير صحيح ، ذلك لان مجرد رفع الدعوى يعد اعذارا ومع ذلك تظل للاعذار اهميته .

وتبدو هذه الاهمية من زاويتين : ذلك لانه يجوز للمدين ان يتوقى الحكم عليه بالفسخ ان هو عرض التنفيذ على الدائن قبل ان يحكم نهائيا في دعوى الفسخ . ويتحمل الدائن الذي لم يعذر مدينه عندئذ مصاريف دعوى الفسخ . وأما اذا كان الدائن قد أعذر المدين قبل المطالبة بالفسخ ، ثم اراد المدين ان يتوقى الحكم بالفسخ بان يعرض التنفيذ فانه هو الذي يتحمل عندئذ بمصروفات هذه الدعوى . ويضاف الى ذلك ان اعذار الدائن المدين قبل المطالبة بالفسخ يجعل القاضي اسرع استجابة لطلب الفسخ ويجعله أقرب الى الحكم على المدين بالتعويض فضلا عن الحكم بالفسخ .

ويلاحظ انه لا ضرورة للاعذار اذا بات التنفيذ العيني غير ممكن او غير مجد بفعل المدين ، او اذا صرح المدين كتابة بانه لا يريد القيام بالتزامه .

ثانياً : الفسخ القضائي :

فالاصل هو وجوب صدور حكم بالفسخ . وليس لاي من المتعاقدين ان يستقل بفسخ العقد اذا ما ارتأى ان المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا أو قام به على نحو معيب ولا يلتزم القاضي باجابة طلب الفسخ والحكم له بما يريد ، ولكنه لا يقضي بالفسخ الا اذا اخل المدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد اخلالا جسيما . ويجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز به ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته . فالامر في النهاية مرده الى تقدير القاضي الذي يقضي بالفسخ حتى اذا طلبه الدائن وقد لا يقضي به . وهو لا يقضي به الا اذا اخل المدين اخلالا جسيما بتنفيذ ما هو ملتزم به . ويتحقق ذلك اذا كان لم يقم اصلا بالتنفيذ او اذا كان ما وفى به قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته . وللقاضي الا يقضي بالفسخ وله ان يمنح المدين فضلا عن ذلك اجلا للوفاء اذا اقتضت ظروفه ذلك - نظرة الميسرة - ويجوز للقاضي ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته . وتنبني هذه القاعدة على أن الاصل هو تنفيذ العقود والاستثناء هو التحلل منها .

وللدائن رافع دعوى الفسخ ان يعدل عنها الى طلب التنفيذ ، واذا طالب الدائن مدينه اولا بالتنفيذ ، فان له ان يعدل بعد ذلك على هذا الطلب الى المطالبة بالفسخ . على انه لا يجوز للدائن ان يجمع بين الفسخ والتنفيذ في

طلب واحد .وللمدين دائما وقبل النطق بالحكم النهائي ان ينفذ التزامه فيتوقى بذلك الحكم بالفسخ ، ولا يبقى امام القاضي عندئذ سوى ان يبحث فيما اذا كان هناك محل لتعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزاماته .

ثالثاً الفسخ الاتفاقي :

قلنا فيما سبق انه ليس - بحسب الاصل - لاي من المتعاقدين ان يقرر الفسخ بارادته المنفردة ، بل لابد في ذلك من اللجوء الى القضاء ، وللقاضي سلطة تقديرية في القضاء او عدم القضاء به وفقا لما سبق لنا بيانه . بيد ان المتعاقدين قد يريدان سلب القاضي ما له من سلطة تقديريه في هذ الشأن ، فيضمنان عقدهما ما يسمى « الشرط الفاسخ الصريح » وتتدرج مراتب هذا الشرط فيما نراه وفقا لما يلي .

١ - قد يذكر المتعاقدان انه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد جاز للمتعاقد الآخر ان يطالب بالفسخ ، او ان العقد يعتبر لاغيا ؛ ومثل هذه العبارات لا تضيف جديدا الى القواعد العامة ولا تخرج عن كونها ترديدا للقواعد العامة (الفسخ القضائي) .

٢ - وقد تكون العبارة الوارده بالعقد هي أن العقد يكون « مفسوخاً من تلقاء نفسه » ويفسر هذا الشرط على أنه يسلب من القاضي سلطته التقديرية ، وعليه ان يقضي بالفسخ اذا طلبه الدائن ؛ ولكن لابد من رفع دعوى للمطالبة به . ويكون الحكم بالفسخ منشئا لا مقررا له .

٣ - وقد تكون العبارة الواردة بالعقد هي أن العقد « يكون مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى حكم » ولا تغني هذه العبارة عن وجوب الاعذار وفقا لما سبق لنا بيانه . بيد أن الدائن يكون له ايقاع الفسخ بارادته المنفردة ، فاذ نازع فيه المدين ، وجب عليه اللجوء الى القضاء . ويقتصر دور القاضي عندئذ على التحقق من أن المدين قد أخل بالتزامه أم لا . فاذا تحقق من اخلال المدين بالتزامه قضى بالفسخ . ويكون الحكم هنا مقررا للفسخ لا منشئا له .

٤ - وقد يصل المتعاقدان بالشرط الفاسخ الصريح الى أعلى مرتبة له وتكون العبارة الواردة بالعقد أنه « يكون مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى حكم او اعذار » وعندئذ يفسخ العقد بغير حاجة الى اي اجراء متى اخل المدين بتنفيذ اي من التزاماته المتولدة عن العقد .

المطلب الرابع

اثر الفسخ

القاعدة أنه « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » فالفسخ سواء وقع بارادة الدائن وحده أو قضى به يترتب عليه اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . فيجب على كل من المتعاقدين ان يرد للآخر ما

اخذه منه . واذا كان الرد العيني قد بات مستحيلا فيكون الرد بطريق التعويض .

ويتفق من حيث الاثر كل من الابطال والفسخ ، ذلك لان لكل منهما اثرا رجعيا . ولقد سبق لنا بيان ذلك .

وليس للفسخ في العقود الزمنية أثر رجعي اذ ان الزمن عنصر اساسي في هذا النوع من انواع العقود ، والقاعدة ان ما مضى من الزمن لا يعود . وللدائن المطالب بالفسخ - اذا ما قضى له به - فضلا عن مطالبته المدين بالرد ان يطالبه ايضا بتعويض تكميلي اذا كان قد اصابه ضرر لا يكفي لازالته مجرد الفسخ والاسترداد .

المطلب الخامس
الفسخ في الفقه الاسلامي

لا توجد نظريه عامه للفسخ في الفقه الاسلامي اذ انه لا يوجد في الاصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابله في العقد الملزم لجانبين في الفقه الاسلامي ذلك ان كل التزام مستقل عن الاخر في الفقه الاسلامي .واذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته في مواجهة الاخر ، فليس للمتعاقد الآخر بحسب الاصل الا ان يطالب بتنفيذ التزاماته المتولده عن العقد ، فاذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن في ميعاد استحقاقه فليس للبائع المطالبة بالفسخ ،

بل فقط مطالبة المشتري بالثمن . ويجوز الفسخ مع ذلك استثناءات في بعض الحالات :

اولاً : انعدام المحل أو فواته المنفعه المقصوده منه فمحل العقد غير محل الالتزام في الفقه الاسلامي فمحل عقد البيع هو المبيع لا الثمن ومحل عقد الايجار هو العين المؤجره لا الاجره . فاذا انعدم محل العقد او فاتت منفعته المقصوده بأن هلك كليا او جزئيا بحيث لم يعد ممكنا ان تتحق من منفعته يصبح عندئذ العقد قابلا للفسخ .

ثانياً : الفسخ في عقد الايجار:

الايجار من العقود الزمنيه والتي يتدخل فيها الزمن بصفه اساسيه لقياس كم الاداء وتتجدد فيه المنفعه بصفه دوريه ، فاذا هلكت العين المؤجرة طالب المستأجر بالفسخ ، واذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالاجرة حق للمؤجر ايضا المطالبه بالفسخ ويجب مع ذلك ان نلاحظ التفرقة بين الفسخ والانفساخ ، فالعقد ينفسخ بقوه القانون اذا هلك محله دون توقف على طلب الفسخ .

ومع ذلك فقد عرف فقهاء المسلمين نظرية عامه للدفع بعدم التنفيذ ويقتربون في ذلك كثيرا مع الفقه الغربي والتشريعات العربيه ، ولا يمكن التمسك بعدم التنفيذ والدفع به الا اذا كان العقد ملزما للجانبين وكانت الالتزامات المتولده عنه متقابله ، فمن حق البائع ان يمتنع عن تسليم المبيع الى المشتري ما لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن مستخدما في ذلك الدفع بعدم التنفيذ والذي يعتبر صوره خاصه من صور الحق في الحبس وتنص الماده

٣٢٩ من مجلة الاحكام الشرعيه علي انه « اذا كان الثمن دينا حالا اي شيئا غير معين ولا مؤجل وكان حاضرا معه بالمجلس لزم تسليم المبيع اولا ثم يسلم المشتري الثمن وليس للبائع حبس المبيع على الثمن اما اذا كان الثمن غائباً عن المجلس فله حبس المبيع لقبض الثمن » .

الفصل الثاني
اثار العقد من حيث الاشخاص
خطة البحث :

لا ينتج التصرف القانوني آثارا الا بين اطرافه . وهذا يعني ان العقد انما ينتج آثارا فقط بين عاقديه . وهذه هي القاعدة المسماه « نسبية التصرفات القانونية » ومع ذلك فان هذا العقد قد يحتج به في مواجهة الكافة وسوف نبدأ اولا بالتمييز بين الاثر الملزم للعقد والاحتجاج به، ثم نلي ذلك بدراسة القاعدة الخاصة بنسبية التصرفات القانونية والاستثناءات التي ترد عليها .

المبحث الاول
التمييز بين الاثر الملزم للعقد وبين الاحتجاج به

ينتج العقد آثاره بين عاقديه ، وهذا يعني ان كل طرف من اطرافه هو

الذي قد يصبح به دائنا او مدينا . ففي البيع - مثلا - يصبح البائع دائنا للمشتري بالثمن ومدينا بنقل الملكية اليه . ولا يستطيع البائع مطالبة آخر غير المشتري بالوفاء بالثمن ، وكذلك لا يستطيع البائع مطالبة غير البائع بنقل الملكية . وليس معنى ذلك ان العقد لا يحتج به في مواجهة الكافة . فالعقد واقعة اجتماعية ، ومن ثم فانه يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة ، فالحائز حسن النية مثلا يحتج قبل المالك الحقيقي بالعقد الصادر اليه من الغير ، ويستطيع تبعا لذلك تملك العقار الذي وردت عليه الحيازة بالتقادم المكسب ذو المدة القصيرة . والشفيع - وهو الذي يطالب بالشفعه - يحتج قبل المشفوع ضده بالعقد الذي صارت اليه ملكية العقار المشفوع به اذا كان الجوار - وهو كذلك في القانون المصري ولدى فقهاء الحنابلة- هو سبب الاخذ بالشفعه .

واذا كان الاصل وفقا لما سنبينه فيما بعد ان حارس الشيء هو مالكه ، ومن ثم فانه يسأل عما قد يسببه هذا الشيء للغير من ضرر ، الا ان الحراسة قد تنتقل من المالك الى الغير ؛ تكون له علي الشيء السيطرة الفعلية ، ومثال ذلك ان يؤجر المالك الشيء إلى مستأجر تكون له على الشيء السيطرة الفعلية . وتنتقل اليه تبعا لذلك حراسته ، فاذا احدث بعد ذلك هذا الشيء ضررا للغير ؛ ورجع المضرور على المالك مطالبا اياه بالتعويض ، كان لمالك الشيء ان يحتج ف مواجهته بالعقد الذي انتقلت به السيطرة على الشيء الى آخر (المستأجر) ليدفع بذلك عن نفسه المسئولية وهكذا فان

العقد وهو لا ينتج آثارا الا بين اطرافه ، الا انه يجوز الاحتجاج به مع ذلك في مواجهة الغير .

المبحث الثاني
نسبية التصرفات القانونية والاستثناءات التي ترد عليها
المطلب الاول
نسبية التصرفات القانونيه

لا ينتج العقد آثارا الا بين عاقديه . ويصبح بمقتضى هذا العقد كل طرف من اطرافه دائنا او مدينا . وترجع جذور هذه القاعدة الى القاونون الروماني ، اذ كيف يتسنى لقانون مغرق في الشكلية ان يكسب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا به ، ومن باب اولى ان يحمله بالتزام .

على أن هناك اشخاصا يوجدون في مرحلة وسطى ، فهم ليسوا من اطراف العقد ، وليسوا أيضا أجانب تماما عن اطرافه الاصليين ، بل تربطهم بهم صلة ما ؛ وهم الخلف العام ، او الخلف الخاص ، ثم اثره بالنسبه الي الدائنين.

أولاً - اثار العقد بالنسبة الى الخلف العام :

الخلف العام - وفقا لما يذهب اليه الفقه في مجموعه - هو كل من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء منها . ومثال ذلك الوارث ، اذ هو

يخلف مورثه في كل ما له من حقوق وما عليه من التزامات . والموصى له بحصه في التركه كالثلث او الربع يعتبر ايضا خلفا عاما للموصى ، وكذلك تتحدد الخلافة العامه بانها لا تكون الا بسبب الوفاة .

وينصرف اثر العقد الي المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقه بالميراث ، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الامر لا ينصرف الى الخلف العام ، فالخلف العام اذن يخلف سلفه في كل ذمته المالية ، وهكذا تنتقل الى الورثة أصول تركة مورثهم والتزاماتها . وتنتقل الاموال الموروثه الى الورثه فور الوفاة ولو كانت عقارا سواء أشهر حق الارث ام لم يشهر . بيد ان هذه القاعدة تصطدم بقاعدة شرعية أخرى وهي « لا تركه الا بعد سداد الديون » ومنعا للتعارض القائم بين القاعدتين السابقتين يقال ان اموال المورث والتزاماته تنتقل الى الورثه فور الوفاة ، على أن هذه الاموال تنتقل الى الورقه محملة بحق عيني تبعي لمصلحة دائني التركة ، وتتحدد مسئولية الورثة عن ديون التركه بقدر ما انتقل اليهم من اصولها ، ولا يلتزمون تبعا لذلك في اموالهم الخاصة عن ديون التركه والتزاماتها ، وهذا هو الذي يتفق وما ذهب اليه فقهاء الحنابله.

على أن القاعدة الخاصة بانصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف الى خلفه العام ليست قاعدة مطلقة ، اذ قد يتبين من طبيعة العقد الذي ابرمه السلف ان شخصيته كانت محل اعتبار ، ومثال ذلك العقود التي يبرمها اصحاب المهن الحره او الفنانين في اعمال مهنتهم ، وكذلك الوكالة اذا أنها تنقضي

بوفـاة الموكل والشـركـة التي تنـحل بوفـاة احـد الشركـا ء وعـقـد العـمل الذي ينتهي بوفاة العامل (المادة ٨٢ عمل)

وقد يتفق المتعاقدان على الا ينصرف اثر العقد الذي يبرماه الى خلفها العام ، كأن يتفقان عن انهاء العقد - فعلا - بوفاة احدهما .

واذا كان للشخص ان يعقد حال حياته ما يشاء من تصرفات ، الا ان المنظم في بعض التشريعات العربيه قد وضع حكما خاصا بتصرفات المريض مرض الموت ، اذ تأخذ هذه التصرفات حكم الوصية ، ومن ثم فانها لا تنفذ في مواجهة الورثة الا في حدود الثلث ، وتنص المادة ٩١٦ مدني مصري على أنه « وعلى ذلك فاذا كان البيع قد صدر من المريض وهو في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد احكام تخالفه »فالتصرف الذي يصدر من المريض مرض الموت ياخذ حكم الوصية ولا يسرى في حق الورثه الا في حدود الثلث ، فان زاد عن ذلك فلابد من اقرارهم . ومرض الموت هو الذي يغلب به الموت عادة ويتصل به . ولا يعتبر الورثه من الغير بالنسبه الى تاريخ التصرف . ولكن يجوز لهم مع ذلك ان يثبتوا صورية هذا التاريخ ومخالفته للحقيقة ، ولهم اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات . وأما بالنسبة الى التصرف الذي صدر من مورثهم ، فان الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة الى الاثر المترتب عليه فيما زاد على ثلث التركه ، ويشترط لذلك ان يثبتوا صدور التصرف من مورثهم وهو في مرض الموت .

ثانياً : أثر العقد بالنسبة الي الخلف الخاص :

الخلف الخاص - وفقا لما سبق لنا بيانه - هو الذي يتلقى من سلفه مالا معينا .ومثال ذلك المشتري بالنسبة للبائع ، والموهوب به بالنسبة الى الواهب ؛ وكذلك ايضا الموصى له بعين معينه كمنزل مثلا يعتبر ايضا خلفا خاصا .

ولا يعتبر المستأجر خلفا للمؤجر اذ لا تنتقل اليه بمقتضى الايجار ملكية العين المؤجره ، ولكن يلتزم المؤجر فقط بتمكينه من الانتفاع بها .

مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه :

لا يعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة الي التصرفات التي ابرمها سلفه والمتعلقه بالشيء الذي استخلف فيه . واما بالنسبة الي التصرفات غير المتعلقه بالشيء الذي انتقلت اليه ملكيته من السلف ، فانه يعتبر بالنسبة لها من الغير ولا يتأثر بها .

فإذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه اشيء اذا كانت مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه » وهكذا يتضح انه حتى يتأثر الخلف الخاص بالتصرفات التي أبرمها سلفه لابد من توافر عدة شروط .

الشرط الاول : يجب ان يكون التصرف الذي أبرمه السلف سابقا على انتقال الشيء الى الخلف الخاص . وأما التصرفات التي يبرمها الخلف

الخاص ، فلا يتأثر بها هذا الاخير اذا كانت لاحقة علي انتقال ملكية الشيء اليه .

الشرط الثاني :- ان يكون الحق او الالتزام الذي نشأ عن التصرف الذي ابرمه السلف بشأن الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص من مستلزمات هذا الشيء ، ويكون التصرف من مستلزمات الشيء الذي انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص اذا كان مكملا له . وهو يكون كذلك اذا كان من شأنه حفظه ودرأ الخطر عنه ، أو كان لا يمكن ان يستعمله سوى من يكون مَالكا للشيء ، وألا يكون شخص السلف قد روعي عند تقرير هذا الحق . فيلتزم الخلف الخاص بشرط عدم المنافسة الذي يكون قد وافق عليه سلفه ، فاذا كان السلف يلتزم بعدم منافسة آخر في تجارة ما ، ثم انتقلت ملكية المنشأة التي كان هو المالك لها والتي اقترن بها هذا الشرط الى مشتر فان هذا الاخير يلتزم ايضا بعدم المنافسة ، واذا اشترطت جمعية من الجمعيات الاسكان وهي توزع قطع الارض على المنتفعين بها الا يتجاوزوا في البناء ارتفاعا معينا ، فاذا حدث وباع احد هؤلاء قطعة الارض التي خصصت له الى آخر ، وجب على هذا الاخير احترام هذا الشرط ، ومن ثم فانه وهو الخلف الخاص يكون قد تأثر بالتصرف الذي ابرمه سلفه .

وأما اذا تعاقد مالك أرض مع مقاول لبناء منزل عليها ، ثم بيعت هذه الارض ، فان من اشتراها (الخلف الخاص) لا يلتزم بالتصرف الذي يكون

سلفه قد ابرمه . ولا يستطيع هذا المقاول ان يحاج المالك الجديد بالعقد الذي أبرمه مع سلفه .

وأما عن الالتزامات فانها تعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص اذا كانت محدده له ، وهي تكون كذلك اذا كان من شأنها ان تفيد في استعمال الشيء او تغل اليد عن مباشرة بعض حقوق المالك . والا يكون في وسع غير من انتقلت اليه ملكية الشيء ان ينفذ هذا الالتزام عينا ، والا تكون شخصية السلف قد روعيت عند تقرير الالتزام .

وتطبيقا لذلك فانه يعتبر من مستلزمات الشيء التزام صاحب المتجر بالا يمارس تجارة معينه ، والتزام مالك الارض بمراعاة قيود معينة عند البناء عليها . ولقد قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بانه « بانه اذا كان النزول عن الايجار هو نقل المستأجر جميع الحقوق المترتبة على عقد الايجار الى آخر يحل محله فيها ، ويعتبر في الغالب بيعا من المستأجر واردا على حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة ، وكان مشتري المتجر بوصفه متنازلا اليه يعد خلفا لبائعه » وكان مفاد نص المادة ١٤٦ مدني انه وان كان الاصل ان الخف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقود اجراها سلفه ، الا ان هذه الغيريه تنحسر عنه متى كان ما رتبه السلف يعد من مستلزمات الشيء فيصبح في هذه الحالة في حكم الطرف في العقد الذي اجراه السلف ...... »

الشـرط الثـالث : علم الخلف الخاص بالتصرف المتعلق بالشيء الذي انتقل اليه المنشئ للحق أو الالتزام . يبدو من ظاهر ما تنص عليه المادة ١٤٦ مدني ان الخلف الخاص لا يتأثر بالتصرف الذي عقده سلفه الا اذا كان هذا التصرف منشئا لحق او لالتزام وكان من مستلزمات الشيء الذي انتقل بعد ذلك من السلف الى الخلف الخاص و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه « ويستوى في ذلك ان يكون التصرف الذي ابرمه السلف مكسبا لحق او محملا للالتزام . بيد ان كل هذه الشروط انما قصد بها حماية الخلف الخاص ، ومن ثم فلا ضرورة للعلم الا بالنسبة الى الالتزامات فقط دون الحقوق .

ثالثا : اثر العقد بالنسبة الى الدائنين :

لا يعتبر الدائن خلفا عاما لمدينه ، كما انه لا يعتبر خلفا خاصا له . ومع ذلك فان الضمان العام المقرر للدائن على جميع اموال مدينه يتأثر بما قد يبرمه هذا المدين من تصرفات .ولقد وضع القانون تحت تصرف الدائن عدة وسائل قانونية يقصد بها المحافظة على الضمان العام المقرر له على اموال مدينه (الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية) فللدائن ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصية خاصة او غير قابل للحجز ، واذا ترتب على تصرف المدين اعساره او زيادة في هذا الاعسار فللدائن عن طريق الدعوى البوليصية اذا ما توافرت شروطها – ان يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته .

المطلب الثاني

الإستثناء الذي يرد على القاعدة الخاصة

بنسبية التصرفات القانونية (الاشتراط لمصلحة الغير)

الاشتراط لمصلحة الغير هو الاستثناء الحقيق الذي يرد على القاعدة الخاصة بنسبية التصرفات القانونية .وبه يكتسب الغير حقا من عقد (عقد المشارطه) لم يكن طرفا فيه . وهو عقد يشترط فيه احد الطرفين ويسمى المشترط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد يسمنى المنتفع او المستفيد بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد .

وللاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيره لعل أهمها . عقد التأمين على الحياة لمصلحة الزوج او الأولاد وذلك فى الأنظمة التي أقرته ، وفيه يشترط طالب التأمين من المؤمن الوفاء بمبلغ التأمين الى المستفيد اذا تحقق الخطر المؤمن منه . ولقد ساعد انتشار التأمين على عودة الحياة من جديد الى نظرية « الاشتراط لمصلحة الغير » . وفضلا عن ذلك فان للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية أخرى منها على سبيل المثال الهبه او البيع مع اشتراط الواهب او البائع على الموهوب له او المشتري ان يرتب ايراد مدى الحياة للغير ، ومنها ايضا البيع اذا كان واردا على عين مرهونه واشترط فيه البائع على المشتري ان يدفع اقساط التأمين للدائن المرتهن ،

ومن هذه التطبيقات العملية ايضا عقود الاحتكار او التزام المرافق العامة ، كأن تحصل شركة على احتكار تلزم به مرفقا من المرافق العامة كالغاز او الكهرباء ، ذلك لان مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطا معينة لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، منها ألا يزيد السعر الذي تقدم به الخدمة عن حد معين . ففي مثل هذه الحالة ينشأ لكل من المنتفعين بهذا الموقف قبل المتعهد حق مباشر ، ويكون له مطالبة هذا المتعهد بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد الذي عقده مع المشترط ، في الوقت الذي لم يكن فيه المستفيد طرفا من أطراف هذا العقد.

أولاً : شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير :

لقيام الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر شروط ثلاثة :

الشرط الاول - ان يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع وذلك دون ان يدخل المنتفع في العقد أو ان يكون طرفا فيه : ولعل هذا هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة اتفاقية كانت ام قانونية ، ذلك لان النائب يتعاقد باسم الاصيل ولحساب الاصيل وان كان يعبر عن ارادته هو . وكذلك يختلف الفضولي عن المشترط فالفضولي نائب عن رب العمل ، وأما عن المشترط فانه لا ينوب عن المنتفع .

الشرط الثاني- نية الإشتراط: يجب ان تتجه ارادة كل من المشترط والمتعهد الي الاشتراط لمصلحة الغير ، وبعبارة أخرى وجوب انصراف ارادتيهما الى أن يكتسب الغير حقا من عقد له يكن طرفا فيه . وليس

هناك عقودا تتضمن بذاتها اشتراطا لمصلحة الغير ففي عقد النقل ، فأن الناقل لا يلتزم فقط بايصال المسافر من مكان الى آخر ، ولكنه يلتزم بايصاله الى هذا المكان سليما معافى sain et sauf وهذا هو الالتزام بضمان السلامة . ويلاحظ ان هذا الالتزام من صنع القضاء وخلقه . ولا يلتزم الناقل بذلك فقط تجاه المسافر بل ايضا تجاه ورثته ، ويقال ان عقد نقل الاشخاص يتضمن بذاته اشتراطا لمصلحة الغير . فاذا مات المسافر بسبب اصابته اثناء تنفيذ عقد النقل ، اعتبر انه قد اشترط في عقد النقل التزاما بضمان سلامته لمصلحة الاقارب الذين كانت تجب عليه نفقتهم . ويكون لهؤلاء تبعا لذلك الرجوع على الناقل مباشرة لا على أساس المسئولية التقصيرية بل بناء على أحكام المسئولية العقدية والتي تمتد دائرتها لتشملهم، وذلك بصفتهم مستفيدين من الاشتراط الذي عقد لمصلحتهم (الاشتراط الضمني لمصلحة الغير) .

بيد ان هذا التصور القضائي قد تعرض بعد ذلك للنقد الشديد ، فقيل بان المسافر لم تنصرف أبداً نيته الي مثل هذا الاشتراط الضمني لمصلحة الغير ، وحتى لو انصرفت نيته الي ذلك ، فهل الي هذا انصرفت ايضا ارادة الناقل ؟ بل أن القضاء سرعان ايضا ما تنبه الي ان تمسك ورثة المسافر بالمسئولية العقدية للناقل (الالتزام بضمان السلامة) وهي المسئولية التي تنبني على هذا العقد المبرم بين الناقل والمسافر لا ينزل عليهم دائما بردا وسلاما ، اذ يجد هؤلاء الورثه انفسهم وقد اصبحوا طرفا في عقد لم

يساهموا فيه ، ويدفع تبعا لذلك في مواجهتهم بكافة الدفوع المستمدة منه ومنها على وجه الخصوص شروط الاعفاء من المسئولية .

ولقد ذهب جانب من الفقهاء ايضا الى القول بان عقد التأمين من المسئولية يتضمن ايضا اشتراطا لمصلحة الغير . فالمؤمن له يتعاقد مع المؤمن لمصلحة المضرور ، وينشأ لهذا الاخير تبعا لذلك حقا من عقد (عقد التأمين) لم يكن طرفا فيه . بيد ان هذا ايضا قول غير صحيح ، وذلك لان المؤمن له انما يتعاقد عادة لمصلحته هو لا مصلحة المضرور (الغير المستفيد). واذا كان للمضرور احيانا دعوى مباشرة قبل المؤمن ، فان ذلك لا يتقرر الا بنص خاص كما في التأمين الاجباري من المسئولية الناشئه عن حوادث السيارات . ولقد حاولت احكام عديدة للقضاء في مصر ان يكون للمضرور حق مباشر بغير نص تشريعي ، الا ان هذه المحاولات كلها باءت بالفشل ، اذ قضت محكمة النقض بانه يتعين الرجوع الى وثيقة التأمين في كل حالة على حدة لتحديد ما اذا كان قد قصد بها اشتراط لمصلحة الغير ام قصد بها اتفاق خاص بالطرفين .

الشرط الثالث : المشترط له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير . فيجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت او ادبية ، فلابد من ان توجد لمشترط مصلحة ، قد تكون مادية أو أدبية ، فليس هناك ما يمنع المدين من أن يشترط لمصلحة دائنه . فتكون هنا للمشترط مصلحة

مـادية . والغـالب ان تكون مـصلحة المشـتـرط أدبيـة . ومثـال ذلك الأب (المشترط) الذي يتعـاقد مع شركة من شركـات التأمين (المتعـهد) لمصلحة ابنائه (الغير المستفيد) فمصلحة المشترط هنا أدبية لا مادية .

الشرط الرابع : المشتـرط يشتـرط حقا مباشرا للمنتـفع : وهذا هو الذي يتميز به الاشتراط لمصلحة الغير . فـان اشتـرط المشترط حقا لنفسه هو وان عادت عنه فائدة على الغير ، فليس هذا هو الاشتراط لمصلحة الغير . ومثال ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من ضرر للغير ، فلا يعد هذا اشتراطا لمصلحة الغير ، وان أفاد منه هذا الاخير ، ذلك لان المشترط انما قصد ان يشترط لنفسه هو لا للغير مباشرة . ولا يشترط في الغير المستفيد ان يكون موجودا وقت ابرام العقد بل يكفي ان يكون شخصا مستقبلا او حتى شخص غير معين وقت عقد الاشتراط متى كان مستطاع التعيين وقت ان ينتج العقد أثره طبقا للمشار له (حدوث الخطر المؤمن منه).

ثانيـاً : الآثار التي تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير :

ينشيء الاشتـراط لمصلحة الغيـر عـلاقـات بين اطراف ثلاثة . المشـتـرط والمتعهد والغير مستفيد .

فمع ان الاشتراط لمصلحة الغيـر ينشأ ثنائيا بين المشترط والمتعهد ، الا انه يرتب بعد ذلك اثارا بالنسبة الى شخص ثالث هو المنتفع ، فهو ثنائي في تكوينه ثلاثي في آثاره .

أ - العلاقة بين المشترط والمتعهد :

لا تخرج هذه العلاقة من حيث شروط انعقادها وصحتها عن الشروط الواجب توافرها في كل علاقة عقدية ، فيشترط لانعقادها توافر الاركان العامة لأية علاقة عقدية . وليس هذا هو الذي يعنينا بل الذي يعنينا في المقام الاول هو معرفة العلاقة بين المشترط والمتعهد بالنسبة الى الاداء المشروط لمصلحة المنتفع .

ويبدو واضحا أن المشترط ليس دائنا للمتعهد بالاداء المشروط لمصلحة المنتفع ، بل الدائن هو المنتفع . ومع ذلك فقد اجاز القانون للمشترط مطالبة المتعهد بتنفيذ ما هو لمصلحة المنتفع ولقد قرر القانون هذا الحكم تأسيسا على ما للمشترط من مصلحة في تنفيذ الإشتراط.

ويجب ان يتوافر لدي كل من المشترط والمتعهد الأهلية اللازمة بحسب طبيعة العقد بالنسبة لكل منهما . وقد يكون الاشتراط معاوضه في علاقة المشترط بالمنتفع ، وقد يكون تبرعا . وفي كل من الحالتين قد يكون محملا على عقد معاوضة بين المشترط والمتعهد او عقد من عقود التبرعات . فاذا كان الاشتراط تبرعا في علاقة المشترط بالمنتفع ، وجب ان يتوافر لدى المشترط أهلية التبرع ولو كان العقد الاصلي بين المشترط والمتعهد معاوضه . واذا كان العقد الاصلي بين المشترط والمتعهد تبرعاً وجب ان يتوافر لدى المشترط أهلية التبرع ولو كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع معاوضه لا تبرعات.

وفضلا عن وجوب توافر الاهلية اللازمه لدى كل من المشترط والمتعهد ، فانه يجب ان تكون ارادة كل منهما صحيحة وسليمه وخاليه من العيوب .فاذا شاب ارادة المشترط او المتعهد غلط او تدليس او اكراه او استغلال ، فان هذا في حدا ذاته يكفي لابطال العقد - بين المشترط والمتعهد - شريطة ان يتصل هذا الغلط بعلم المتعاقد الآخر . ويكون عقد الاشتراط قابلا للابطال ولو اتصل العيب الذي شاب الرضا فقط بعلم المنتفع ولو لم يتصل بعلم المتعاقد الآخر ، ذلك لان المنتفع هو الذي ينشأ له من هذا العقد حقا ولو لم يكن طرفا فيه .واذا كان الاشتراط بين المشترط والمنتفع تبرعا ، وكانت العلاقه بين المتعهد والمشترط معاوضة لا تبرعات ، فان عقد الاشتراط يكون صحيحا ولو لم يوضع في الشكل الرسمي الذي اوجبه القانوني ، ذلك لان الهبه لم تتم بين المشترط والمنتفع مباشرة ، ولكنها تمت بطريق غير مباشر .

٢ - العلاقة بين المنتفع والغير المستفيد :

ينشأ للمنتفع بمقتضى الاشتراط حقا مباشرا تجاه المتعهد . وهذا الحق ينشأ مباشرة ولا يمر بذمة المشترط .ولعل هذا هو الاثر الاساسي للاشتراط لمصلحة الغير والذي يعتبر استثناء على قاعدة نسبيه التصرفات القانونية وتنص الماده ١٥٤ /٢ مدني مصري على أنه ويترتب على هذا الاشتراط ان يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد في تنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد ان

يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد فالاشتراط يكسب الغير كما قلنا حقا مباشرا لا يمر بذمة المشترط ، فلا يتعرض المنتفع لمزاحمة باقي دائني المشترط ، وينشأ هذا الحق من وقت العقد لا من وقت قبول المنتفع . وللمتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بكافة الدفوع التي كان له التمسك بها قبل المشترط ، فاذا باع (أ) لـ ب منزلا واشترط عليه الوفاء بالثمن الى (ج) فاذا لم يقم (أ) بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المنزل المباع الى (ب) فإن لـ (ب)أن يدفع بعدم التنفيذ في مواجهة (جـ) اذا ما طالبه هذا الاخير بالوفاء بالثمن اليه . واذا شاب العقد المبرم بين المشترط والمتعهد سببا من أسباب البطلان ، فالمتعهد الدفع بالبطلان في مواجهة الغير المستفيد .

٣ - العلاقة بين المشترط والمنتفع :

قد تكون العلاقة بين المشترط والمنتفع معاوضه وقد تكون تبرعات ويجب ان تتوافر لدى المشترط الأهلية اللازمة لابرام التصرف معاوضة كان او تبرعا. وينشيء الاشتراط كما قلنا حقا مباشرا للمنتفع قبل المتعهد يصبح بمقتضاه دائنا له . واذا تم الاشتراط تبرعا فلا حاجة لاستيفاء الشكل الرسمي ، اذ تكون الهبه عندئذ غير مباشرة . ويجوز للمشترط دون دائنيه او ورثته نقض المشارطة قبل ان يعلن المنتفع الى المتعهد او المشترط رغبته في الاستفاده من الاشتراط : فحق النقض مقرر لمصلحة المشترط وحده . ولا يكون له ابدا هذا الحق الا الى الوقت الذي يقبل فيه المستفيد هذا الاشتراط . فبهذا القبول يتأكد حق الغير المستفيد . وأما بعد ذلك (اي بعد القبول)

فلا يكون للمشترط نقض الاشتراط .

ويجوز للمشترط بدلا من نقض المشارطة إحلال منتفع آخر محل المنتفع الاول ، وله بدلا من ذلك ايضا ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة ، فاذا عقد شخص تأمينا على حياته لمصلحة ولد من اولاده وفقا لكثير من التشريعات العربية، جاز له قبل قبول هذا الاخير ان ينفي المشارطة ، وله بدلا من ذلك احلال ولد آخر محل الولد الاول ، كما ان له ايضا ان يحتفظ لنفسه بحق الانتقاع من المشارطة .

ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغيرفي ظل الانظمة التي وضعت وبينت احكامه ان يكون المنتفع شخصا مستقبلا او جهة مستقبله كما يجوز ان يكون شخصا او جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد اثره طبقا للمشارطه . (في عرض شامل لهذا الموضوع رسالتنا المقدمة الي جامعة باريس والحائزة علي الجائزة سنة ١٩٦٦م)

ويبدو لنا من استقراء ما دونه الفقهاء المسلمين في « الاشتراط لمصلحة الغبر « انه غير جائز لديهم لانهم لم يتصوروا ان يولد العقد حقا مباشرا لمن لم يكن طرفا فيه ؛ ومع ان نظام الوقف والمستحقين فيه يقرب من فكرة الاشتراط الا ان منشأه غير عقدي . ولقد واجه هؤلاء الفقهاء الحاجة التي تدعو الى هذه النظرية لمواجهة بعض المتطلبات العملية ببعض الوسائل الفنية كحوالة الدين مثلا ومع ذلك فانه لا يوجد في نظرنا تعارض بين اقرار هذه النظرية وبين الاصول الثابته في الفقه الاسلامي .

المحتويات صفحة

القسم الثاني في نظرية الحق

القسم الثالث في نظرية الالتزام

مطابع الصفا
AL - SAFA PRESS

جدول الخطأ والصواب

الخطأ	الصواب	الصفحه	السطر
رئيسياً	رئيساً	٣١٠	٣
مجرد ارتباط الشيء الذي هو ارتباط	مجرد ارتباط	٣٣٥	١٦-١٧
ثم نلي هذه وفي مبحث أخير .. لينص	فهذه ثلاثة مباحث نتناولها	٣٤٩	١٧-١٨
صور التراضي في العقود	تباعاً فيما يلي		
ووفاة	أو وفاة	٣٦٩	١٧
القبول	القول	٣٧٤	قبل الأخير
هذه	هذا	٣٧٧	٣
عن ذكرها	ذكرها	٣٨١	٦
اعطي	أعطى	٣٨٤	٢
حى	حتى	٣٨٧	١٠
معني	معنى	٣٩٧	١٠
ولا يخفي	ولا يخفى	٣٩٨	١٢
معني يقارب معني	معنى يقارب معنى	٣٩٨	١٢
يري	يرى	٣٩٨	١٨
اذا	اذ	٤٠٢	١
واحارة	واجارة	٤٠٣	٧
ورنما	وربما	٤٠٤	٤

الخطأ	الصواب	الصفحه	السطر
تحملة	تحمله	٤٠٥	١٤
الضوعية	الوضعية	٤٠٦	١٢
الاكرا	الاكراه	٤٠٧	٦
مشروعة) أو	مشروعة) أو من يتوعده بالقتل أو إتلاف ما له أو فصله عن العمل (الوسيلة غير مشروعة) اذا لم يوقع عقداً بالتنازل عن بعض أمواله أو ممتلكاته دون وجه حق . اما اذا كانت الغاية مشروعة فالاكراه لا يكون متحققاً وبالتالي يعتبر العقد صحيحاً ونافذاً سواء كانت الوسيلة المستعملة مشروعة أو غير مشروعة أيضاً كمن يهدد شخصاً مثلاً بالحجز على أمواله أو مقاضاته (الوسيلة مشروعة) .	٤٠٧	١١
لانري	لانرى	٤١٢	١٦
من بعض	من فحوى بعض	٤٢٠	١٧
العرقى	العارض	٤٢٢	٤
وناشئاً ص عن	وناشئاً عن	٤٢٥	١٥
تلجنه	ملجنة	٤٢٩	٥
المال	المجال	٤٣٣	١٣

١ر٣٤٠
٤٥٠م المدخل لدراسة الأنظمة/تأليف عبد الرازق الفحل..(وآخرون).
ط٢ ـ جدة : دار الآفاق ، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م
٣٥٠ ص ؛ ٢٥×١٧ سم
ردمك ٨ ـ ٧٢ ـ ٧٣٨ ـ ٩٩٦٠
١. القانون نظريات ٢. نظرية الحق (قانون مدني)
أ. الفحل، عبد الرازق بن علي ، م . مشارك .